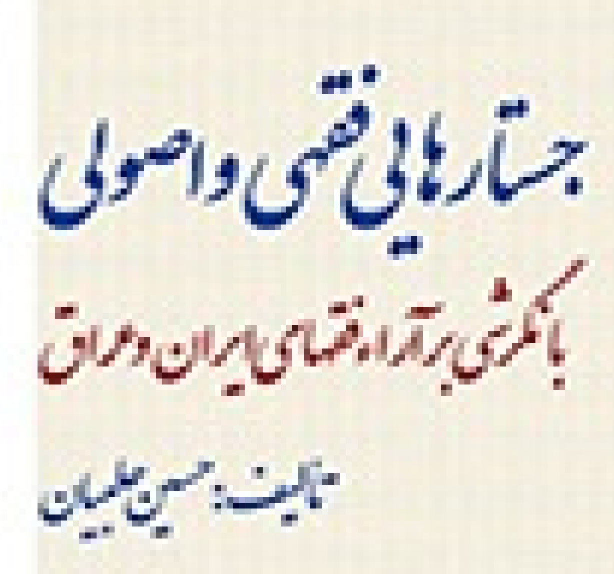
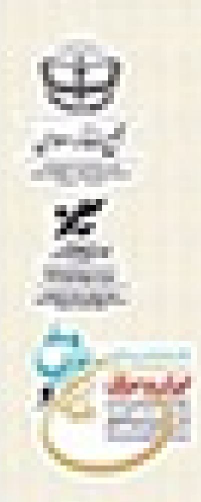




نشر مجمع ذخائر اسلامی ۱۳۹۲
به مناسبت اولین همایش بین المللی میراث مشترک ایران و عراق




بسم الله الرحمن الرحیم

جستارهایی فقهی و اصولی با نگرشی بر آراء فقهای ایران و عراق

نویسنده:

حسین حلبیان

ناشر چاپی:

مجمع الذخائر الاسلامیه

ناشر دیجیتالی:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

فهرست

جستارهایی فقهی و اصولی با نگرشی بر آراء فقهای ایران و عراق

مشخصات کتاب

سرشناسه: حلبیان، حسین، ۱۳۶۰ -

عنوان و نام پدیدآور: جستارهایی فقهی و اصولی با نگرشی بر آراء فقهای ایران و عراق/ تالیف حسین حلبیان.

مشخصات نشر: قم: مجمع ذخائر اسلامی: موسسه تاریخ علم و فرهنگ، ۱۳۹۳.

مشخصات ظاهری: ۲۵۰ ص.

فروست: در سایه سار همایش؛ ۲.

شابک: ۹۷۸-۹۶۴-۹۸۸-۷۳۳-۳

وضعیت فهرست نویسی: فیپا

یادداشت: این کتاب به مناسبت اولین همایش بین المللی میراث مشترک ایران و عراق منتشر شده است.

یادداشت: کتابنامه به صورت زیرنویس.

موضوع: اصول فقه شیعه - مطالعات تطبیقی

موضوع: فقه جعفری - مطالعات تطبیقی

موضوع: فقه تطبیقی

رده بندی کنگره: BP۱۵۹/۸/ ح ۸۳ ج ۱۳۹۳ ۵

رده بندی دیویی: ۳۱۲/۲۹۷

شماره کتابشناسی ملی: ۳۷۱۷۶۳۸

ص :۱

اشاره

بسم الله الرحمن الرحيم

-

در سایه سار همایش / ۲

مجمع ذخائر اسلامی - قم، ایران

باهمکاری مؤسسه تاریخ علم و فرهنگ

-

جستارهایی فقهی و اصولی

با نگرشی بر آراء فقهای ایران و عراق

تألیف: حسین حلبیان

-

چاپ: ظهور / صحافی: نفیس

نشر: مجمع ذخائر اسلامی - قم

نوبت چاپ: اول - ۱۳۹۳ ش (۲۰۱۵ م)

شابک: ۳-۷۳۳-۹۸۸-۹۶۴-۹۷۸ ISBN : ۹۷۸-۹۶۴-۹۸۸-۷۳۳-۳

ارتباط با ناشر

قم: خیابان طالقانی (آذر) - کوی ۲۳ - پلاک ۱ - مجمع ذخائر اسلامی

تلفن: ۹۸ ۲۵۳ ۷۷۱۳ ۷۴۰ + دورنگار: ۹۸ ۲۵۳ ۷۷۰ ۱۱۱۹ + همراه: ۰۹۱۲ ۲۵۲ ۴۳۳۵

-

نشانی پایگاههای اینترنتی:

www.mzi.ir www.zakhair.net

info@mzi.ir info@zakhair.net

-

قیمت: ۱۸۰۰۰ تومان

ص:۴

فهرست مطالب

ص:۸

ص:۹

ص:۱۰

مقدمه ی حضرت آیه الله حاج سید مرتضی مستجابی

بسم الله الرحمن الرحیم

وصلی الله علی سیدنا محمد وآله الطاهرین

ولعنه الله علی أعدائهم أجمعین

«وَ ما کانَ الْمُؤْمِنُونَ لِیَنْفِرُوا کَافَّهً فَلَوْ لا نَفَرَ مِنْ کُلِّ فِرْقَهٍ مِنْهُمْ طائِفَهٌ لِیَتَفَقَّهُوا فِی الدِّینِ وَ لِیُنْذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذا رَجَعُوا إِلَیْهِمْ لَعَلَّهُمْ یَحْذَرُونَ»۱

پس چرا از هرگروهی از آنها طایفه ای کوچ نمی کند تا در دین تفقه کنند.

جامعه ی اسلامی نیازمند دانشمندان دین شناس و فقه و فقهاست؛ چه اینکه عبادتی نیست مگر با تفقه(۱) و تجارت بدون علم افتادن در ربا است.(۲) و ایتام آل محمد (علیهم السلام) در عصر غیبت إمام عصر (أرواحنا فداه وعجل الله فرجه الشریف) باید رجوع به فقهای خودنگهدار کنند که، هُم «القری الظاهره»(۳) إلی أن نصل إلی القریه المبارکه إن شاء الله.

«فأمّا من کان من الفقهاء صائناً لنفسه حافظاً لدینه مخالفاً علی هواه مطیعاً لأمر مولاه فللعوام أن یقلدوه».(۴)

«و أمّا الحوادث الواقعه فارجعوا فیها إلی رواه حدیثنا».(۵)

و فقاهت بینش است و بصیرت چه اینکه از حضرت موسی بن جعفر الکاظم (علیهما السلام) نقل است:

۱- (۲) . «لاعباده إلا بتفقّه». وسائل الشیعه، ج ۱، ص ۴۷.

۲- (۳) . «من اتجر بغیر علم ارتطم فی الربا ثم ارتطم» کافی، ج ۵، ص ۱۵۷.

۳- (۴) . ر. ک: الإمامه و التبصره، ص ۱۴۰؛ و سفینه البحار، ج ۴، ص ۸۸.

۴- (۵) . جامع أحادیث الشیعه، ج ۱، ص ۳۱۴.

۵- (۶) . کمال الدین و تمام النعمه، ج ۲، ص ۴۸۴.

«تفقّهوا فی دین الله فإنّ الفقه مفتاح البصیره و تمام العباده والسبب إلی المنازل الرفیعه والرتب الجلیله فی الدین والدنیا وفضل الفقیه علی العابد کفضل الشمس علی الکواکب».(۱)

و بر فقیه است أخذ از سرچشمه های پاک قرآن و عترت و روایت همراه با درایت احادیث أهل بیت عصمت و طهارت.

و به ما رسیده است:

«اعرفوا منازل شیعتنا بقدر مایحسنون من روایتهم عنّا؛ فإنّا لانعدّ الفقیه منهم فقیهاً حتی یکون محدثاً».(۲)

و

«الراویه لحدیثنا یشدّ به قلوب شیعتنا أفضل من ألف عابد».(۳)

و فقیه باید علاوه بر دانش به بردباری متّصف و به سکوت متوقّر باشد؛ چه اینکه در کافی شریف نقل شده از حضرت أبی الحسن الرضا (علیه السلام):

«من علامات الفقه الحلم و العلم و الصمت».(۴)

طبقات محترم فقهای عظام عالم تشیع از قرون اوائل تا کنون حوزه های علمیه را در بغداد و نجف و قم و حلّه و اصفهان و سایر بلاد شکل داده و تلاشهای برون از عادتی انجام داده اند و میراث گرانبهایی برای ما بر جا نهاده اند، از اهم آنها ثمره ی تلاش جناب محمد بن یعقوب کلینی با عنوان «کافی» و اثر گرانقدر شیخ صدوق نامیده شده به «فقیه من لایحضره الفقیه» و دو کتاب «تهذیب الأحکام» و «استبصار» از شیخ الطائفه طوسی می باشد. و در اینجا اشاره می کنم به کتاب قیم «النهایه فی مجرد الفقه و الفتوی» ازجناب شیخ طوسی که آن را در نوع خود فوق العاده می دانیم.

و از تدوین حدیث که بگذریم نوبت به تجرید فتوی وتفریع فروع پس ازإلقای اصول می رسد واز این استنباطات مدون شکل گرفت فقه مصطلح واصول فقه مستنبط و «الفقه هو العلم

۱- (۱) . تحف العقول، ص ۴۱۰.
۲- (۲) . رجال الکشی، ج ۱، ص ۶.
۳- (۳) . کافی، ج ۱، ص ۳۳.
۴- (۴) . کافی، ج ۲، ص ۱۱۳.

بالاحکام الشرعیه الفرعیه عن أدلتهاالتفصیلیه».(۱)

قابل ذکراینکه اصول فقه معتبر آن است که تکیه به کتاب و سنت نبی و عترت دارد و نه اموری از قبیل قیاس.

قرآن و عترت به تفقه و فراگیری علوم إلهی جهت تشیید أرکان هدایت فرا می خواند. فطوبی لمن لبّی لهذا النداء و أجاب.

وممّن أجاب لهـذه الـدعوه الإلهیه فرزند روحانی جناب حجه الإسـلام و المسـلمین شـیخ حسـین حلبیان است که توفیق رفیق او شـده در حوزه هـای علمیه به کسب معارف و تحصـیل پرداخته و بحمـدالله به مراحل عالیه ای رسـیده و آثاری از ایشان به ثمر رسـیده از جمله کتاب حاضر که مشتمل بر مجموعه أبحاث فقهی و أصولی است در أبواب مختلف فقه و أصول که به شیوه ی استدلالی و تحلیلی به تنقیح مبانی و بررسی مسائل و استنباط پرداخته و حاکی از فضل و اجتهاد نویسنده است.

در این مجال او را توصیه می کنم به کسب فضائل و ورع و تقوی و زهد در دنیا و دل بستن به آخرت و پیروی تام از سنت نبی رحمت (صـلی الله علیه و آله و سـلم)؛ چه اینکه نقل است از حضـرت امام محمدباقر (علیه السلام): «إنّ الفقیه حقّ الفقیه الزاهد فی الدنیا، الراغب فی الآخره، المتمسک بسنه النبی (صلی الله علیه و آله و سلم)».(۲)

و فی الختام نسأل الله تعالی: ربّنا هب لنا من أزواجنا و ذریاتنا قره أعین واجعلنا للمتقین إماماً».(۳)

وآخردعوانا أن الحمدلله رب العالمین

السید مرتضی المستجاب الدعواتی

۱۷ ربیع الأول ۱۴۳۶

ص:۱۵

۱- (۱) . معالم الدین، ص ۲۶.

۲- (۲) . کافی، ج ۱، ص ۷۰.

۳- (۳) . سوره ی فرقان، آیه ی ۷۴.

مقدمه ی مؤلف

بسم الله الرحمن الرحیم

کتاب حاضر که دربردارنده ی برخی دانش آموزی های اینجانب در مکتب معارف اهل بیت (علیهم السلام) است به عموم جامعه ی ایمانی و محبین آل بیت عصمت و طهارت (علیهم صلوات ربّ البیت) ارائه می گردد.

این نوشته را به رسم ادب و محبت هدیه می نمایم به الشجره النبویه الدوحه الهاشمیه قائد الغر المحجلین أمیر المؤمنین علیه صلوات رب العالمین إلی یوم الدین.

بسیار مفتخر شدم که حضرت آیه الله مجاهد حاج سید مرتضی مستجاب الدعواتی، بزرگ خاندان صدر، بذل لطف و محبت به اینجانب نموده با مقدمه ای متین و معرفت آموز بر این نوشتار بها افزودند. از درگاه حضرت منّان مسألت طول عمر همراه با صحت و سلامت و حسن عاقبت برای این عزیز بزرگوار دارم.

در این مجال تشکر می کنم از جناب حجه الاسلام والمسلمین سید صادق حسینی اشکوری و کلیه ی تلاشگران همکار ایشان در مسیر إحیاء تراث اهل بیت (علیهم صلوات الله) به جهت مساعدت در نشر این اثر.

الحمد لله المستعان

حسین حلبیان

۲۷ ربیع المولود

۱۳۴۶

ص:۱۶

بسم الله الرحمن الرحیم

الحمد لله رب العالمین، و صلی الله علی محمّد وآله الطیبین

مفطّر بودن یا نبودن استعمال دخانیات

اشاره

مقدمه

مقاله ی حاضر به روشی اجتهادی و با توجه به آراء و آثار بزرگانی چون شیخ جعفر کاشف الغطاء، حاجی کلباسی، شیخ محمد تقی نجفی، آیه الله خویی و امام خمینی (رحمهم الله) به بررسی حکم استعمال دخانیات در ماه مبارک رمضان از جهت مفطریت وقضاء و کفاره می پردازد، و به این سؤال نیز پاسخ می دهد که: آیا کسی که در هنگام روزه استعمال دخانیات نموده باید باز خود را روزه دار محسوب کند و از باقی مفطرات احتراز کند یا خیر؟ با توجه به مبتلی به بودن این مسائل در گذشته و حال، این بحث از اهمیت ویژه ای برخودار است.

روزه یکی از عبادات مهم در شریعت اسلام و عملی است که در قرآن کریم بر آن تصریح شده و خداوند تبارک و تعالی فرموده:«یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا کُتِبَ عَلَیْکُمُ الصِّیامُ کَما کُتِبَ عَلَی الَّذِینَ مِنْ قَبْلِکُمْ لَعَلَّکُمْ تَتَّقُونَ» ، (سوره البقره/ ۱۸۳) و روزه داری در ماه مبارک رمضان از واجبات مسلم آیین اسلام می باشد.

با ورود توتون و تنباکو و بقیه ی دخانیات در زندگی مسلمانان بحثی پیش آمد که آیا استعمال این مواد موجب بطلان روزه می شود یا خیر؟ مقاله ی حاضر به بحث و بررسی آراء فقهی موجود در مسأله و دلیل هر یک می پردازد.

ص:۱۷

۱ – پیشینه ی تحقیق

مفطر بودن یا نبودن استعمال دخانیات در روزه ی ماه مبارک رمضان از مسائل مورد بحث فقها است که هم اکنون نیز مورد بحث و مبتلی به است. این بحث از قدیم الأیام تاکنون مورد اختلاف فقهی واقع شده است. مثلاً مقداد بن عبدالله سیوری متوفّای ۸۲۶ ق در کتاب «التنقیح الرائع» می فرماید: «الدخان لایفطر لروایه عمرو بن سعید عن الرضاعلیه السلام».(۱)

علامه حاج محمد ابراهیم کلباسی رساله ای در حرمت کشیدن قلیان در ایام ماه مبارک رمضان تألیف نموده اند و این رساله در سال ۱۳۹۱ ه -. ش توسط نشر دانش حوزه جهت کنگره ی بزرگداشت علامه حاجی کلباسی به چاپ رسیده است.

و نیز فقیه محقق و اصولی کبیر شیخ محمدتقی رازی نجفی اصفهانی در این باره رساله ای مختصر به زبان فارسی تألیف نموده اند که بیان شده: رساله ای است در دو صفحه که در ردّ یکی از معاصرین خود - گویا حاجی کلباسی نگاشته است(۲). و به تحقیق جناب آقای حجه الإسلام والمسلمین مجید هادی زاده در دفتر چهارم میراث حوزه ی علمیه ی اصفهان به طبع رسیده.

علامه شیخ محمدتقی در این رساله قول به عدم منع از دخان را قوی ولکن مراعات احتیاط را مهم شمرده است.(۳) و محقق این رساله جناب حجه الإسلام والمسلمین آقای هادی زاده بر این نظر است که این رساله اولین رساله ی تصنیف شده در این موضوع است.(۴) همچنین ایشان می نویسند: «تنها دستنوشت آن هم اکنون در

ص:۱۸

۱- (۱) ر. ک: فاضل مقداد، التنقیح الرائع، ج ۱، ص ۳۵۸.

۲- (۲) میراث حوزه ی اصفهان، دفتر چهارم، ص ۸۱.

۳- (۳) همان، ص ۷۲.

۴- (۴) همان، ص ۷۱.

نجف اشرف قرار دارد و دوست فاضل جناب حجه الاسلام شیخ محمد کرباسی - دامت برکاته - تصویر آن را رهاوردمان کرد».

محقق گرانقدر جناب آقای سید محمد رضا شفتی تحقیقات ارزنده ای در پیشینه یابی مسأله انجام داده اند و در مقاله ی «بررسی گوشه هایی از احوال و آثار دو فقیه معاصر»(۱) به طرح اختلاف فقهی مرحوم سید حجه الاسلام شفتی و علامه محمد تقی رازی نجفی در مسأله ی استعمال دخان در روزه داری پرداخته اند.(۲)

علاوه بر دو اثری که از مرحوم حاجی کلباسی و علامه شیخ محمد تقی ذکر شد اشاره می شود به: رساله ای به فارسی با عنوان «کشف الأوهام فی حلیه شرب القلیان فی شهر رمضان» تألیف مرحوم میرزا محمّدتقی بن علی محمّد نوری طبرسی (متوفّی ۱۲۶۳)، پدر مرحوم میرزا حسین نوری صاحب مستدرک الوسائل.(۳) رساله ی «دره الاسلاک فی حکم دخان التنباک وأنّه لا یضرّ بالصوم» تالیف مرحوم میرزا محمّد بن عبدالوهّاب همدانی (متوفّی ۱۳۰۴).(۴) رساله ای در عدم مفطریت دخان با نام «المتن المتین» تألیف مرحوم تاج العلماء سید علی محمّد نقوی نصیرآبادی (متوفّی ۱۳۱۱).(۵) رساله ای از مرحوم ملّا محمّدصادق بن محمّدحسن طهرانی (متوفّی بعد از ۱۲۶۲) به فارسی، به نظم و نثر، در «ردِّ رساله ی کشف الأوهام» اثر مرحوم میرزا محمّدتقی نوری.(۶)«رساله فی تفطیرِ الغبارِ والدخان للصیام» اثر مرحوم علّامه

۱- (۱) منظور سید محمد باقر حجه الاسلام شفتی و علامه شیخ محمد تقی نجفی اصفهانی هستند.

۲- (۲) ر. ک: مجموعه مقالات همایش ملی علامه ایوان کی، ص ۳۵۶ تا ۳۶۱.

۳- (۳) آقا بزرگ تهرانی، الذریعه إلی تصانیف الشیعه، ج ۱۸، ص ۲۲.

۴- (۴) آقا بزرگ تهرانی، الذریعه إلی تصانیف الشیعه، ج ۸، ص ۹۰.

۵- (۵) آقا بزرگ تهرانی، الذریعه إلی تصانیف الشیعه، ج ۱۹، ص ۷۱.

۶- (۶) به بیان محقق گرامی آقای سید محمد رضا شفتی نسخه ای خطّی از این رساله به شماره ۱۶۴ در کتابخانه آیه اللّه گلپایگانی در قم موجود است. ر. ک: مجموعه مقالات همایش ملی علامه ایوان کی، ص ۳۶۱.

میرزا أبوالمعالی کرباسی، فرزند حاجی محمّدابراهیم (متوفّی ۱۳۱۵).(۱) رساله ای با نام «الشرح المبین» تألیف علّامه سید محمّدحسین مرعشی حائری معروف به شهرستانی (متوفّی ۱۳۱۵) که ردّی است بر کتاب «المتن المتین» تألیف مرحوم سید علی محمّد نقوی نصیرآبادی.(۲) و رساله ی دیگری با نام «التعلیق الأنیق» تألیف سید علی محمّد نقوی نصیرآبادی (متوفّی ۱۳۱۱) در ردّ «الشرح المبین» که «التعلیق الانیق» جوابی است بر ردّ رساله ی «المتن المتین».(۳) «التدخین و الصیام (حکم الدخان فی نهار شهر رمضان)» اثر سید محمود مقدس غریفی، مطبوع در نجف اشرف به سال ۱۴۲۴.(۴)

۲ – آراء متفاوت فقهاء

این بحث از قدیم الأیام تاکنون مورد اختلاف فقهی واقع شده است. به عنوان مثال: به گزارش جناب میرزا محمّد تنکابنی، میرزا محمّدتقی نوری که از شاگردان حاجی کرباسی بوده در ماه رمضان المبارک قلیان را بر بالای منبر می کشیده و دخان را مفطر نمی دانسته، در حالی که فتوی دادن به چنین مطلبی و علانیه کشیدن را خلاف طریقه ی فقهاء یاد می کند. سپس متذکر می شود که فتح علی شاه قاجار او را به جهت فتوای قلیان به تهران آورد برای این که تأدیبش کند در حضور با او محاجّه

ص:۲۰

۱- (۱) آقا بزرگ تهرانی، الذریعه إلی تصانیف الشیعه، ج ۱۱، ص ۱۵۳.
۲- (۲) آقا بزرگ تهرانی، الذریعه إلی تصانیف الشیعه، ج ۱۴، ص ۵۴.
۳- (۳) آقا بزرگ تهرانی، الذریعه إلی تصانیف الشیعه، ج ۱۹، ص ۷۲.
۴- (۴) ر. ک: تراثنا، شماره ۱۰۹ و ۱۱۰، ص ۴۱۱.

کرد.(۱)

همچنین جناب تنکابنی درباره ی استاد خودش جناب آقا سید ابراهیم موسوی قزوینی صاحب ضوابط الاصول می نویسد: در کتاب صوم از «دلائل الأحکام» نوشته است که در ابطال دخان صوم را دو وجه است اظهر این که – و در حاشیه منه نوشته است که – دخان مبطل صوم نیست و مؤلف چون کتاب صوم و دلائل استاد را استنساخ می نمودم و به این مقام رسیدم خدمت آن جناب اعلی الله مقامه مشرف شدم و عرض کردم که شما کشیدن قلیان را مفطر صوم نمی دانید. آن جناب فرمود که من چنین فتوا نداده ام. عرض کردم که: اگرچه در کتاب «دلایل» در مفطر بودن دخان صوم را توقف فرموده اید لیکن در حاشیه ی منه نوشته اید که اظهر عدم مفطر بودن دخان است. آن جناب فرمود که: مقتضای دلیل را نوشته ام لیکن فتوای به آن نداده ام و راضی بر آن نیستم که کسی این فتوا را نسبت به من دهد.(۲)

خود جناب تنکابنی هم بر این عقیده اند که: مفطر نبودن دخان، صوم را فتوای شیخ حسن بن شیخ جعفر نجفی و صاحب مدارک و جمعی دیگر است و قاعده نیز اقتضاء عدم افطار می کند و تمسک به اولویت خالی از صعوبت نیست، لیکن فتوا دادن و علانیه کشیدن خلاف طریقه ی فقهاء است.(۳)

که شاید مراد ایشان از اولویت، اولویت مفطر بودن دود نسبت به غبار باشد.

به هر حال در زمان فتح علی شاه این مسأله به گونه ای در جامعه مطرح شده که نیازمند پاسخ بوده. در این باره مرحوم حاجی کلباسی قائل به عدم جواز بوده در حالی که جناب صاحب هدایه نظری متفاوت داشته است. و البته این اختلاف

۱- (۱) ر. ک: محمد تنکابنی، قصص العلماء، ص ۱۳۹.

۲- (۲) همان، ص ۱۰.

۳- (۳) همان، ص ۱۳۹.

هم اکنون نیز در بین فقهاء وجود دارد.

۳ – جهات قابل بحث و بررسی در مسأله:

۱ – آیا غبار و دود و بخار هر سه دارای حکم یکسان هستند؟

۲ – آیا بین غلیظ و غیر غلیظ از این سه تفاوتی وجود دارد؟

۳ – آیا بین صورت عمد و غیرعمد تفاوتی هست؟

۴ – مقتضای اصل اولیه و روایات خاصه چیست؟

۵ – در صورت ابطال در هر کدام از صور حکم قضاء و کفاره چگونه است؟

بحث تفصیلی در این رابطه خود محتاج رساله ای مستقل است و اکنون غرض ما صرفاً گزارش و بررسی اجمالی فتاوا و ادلّه است.

۴ – برخی اقوال در مسأله

ارتکاز اغلب متشرعه عدم پذیرش استعمال دخانیات در ماه رمضان است کما این که بسیاری از فقهاء به صورت فتوا(۱) و یا به احتیاط واجب(۲) از این مطلب پرهیز داده اند، و بر آن قضای روزه را مترتب ساخته اند. ولی در مقابل از برخی علما جواز و عدم اضرار به صوم نقل شده از جمله:

۱ – مرحوم شیخ محمّدتقی مجلسی؛

۲ – محمّداسماعیل مازندرانی معروف به فاضل خواجویی متوفی ۱۱۷۳ در التعلیقه علی الرساله الصومیه.

۳ – سید ابراهیم قزوینی صاحب ضوابط الاصول.

۱- (۱) حسین مظاهری، توضیح المسائل، ص ۲۱۵.

۲- (۲) امام خمینی، توضیح المسائل محشی، ج ۱، ص ۹۰۳.

۴ - شیخ محمّدعلی هزارجریبی اصفهانی، یکی از دامادهای شیخ جعفر کاشف الغطاء که در اصفهان ساکن بوده است.

۵ - شیخ مهدی بن شیخ علی بن شیخ جعفر کاشف الغطاء در رساله ی صومیه ی مخطوط خود.

و جماعتی از فقهاء را نیز که الحاق دخان به غبار را تمام ندانسته اند در زمره ی موافقین با این قول یاد نموده اند از جمله: سید محمّد عاملی صاحب مدارک و سبزواری صاحب ذخیره و شیخ یوسف بحرانی صاحب حدائق. ولی باید توجه داشت که حضرت امام خمینی هرچند غبار را ملحق به دود ندانسته مع ذلک احتیاط را در ترک استعمال دخانیات دانسته اند.(۱) و جناب شیخ جعفر کاشف الغطاء نیز قائل به تفصیلی شده اند که خواهد آمد.

۵ - ذکر دلیل و بحث فقهی در مسأله

حاجی محمد ابراهیم کلباسی قائل به لزوم اجتناب از دود است از جمله دود قلیان و شَطَب و در این باره به روایت مضمره ی شیخ سلیمان مروزی تمسک جسته.(۲) روایت چنین است: محمّد بن الحسن الصفار عن محمّد بن عیسی قال حدثنی سلیمان بن حفص المروزی قال سمعته یقول: إذا تمضمض الصائم فی شهر رمضان أو استنشق متعمداً أو شمّ رایحه غلیظه، أو کنس بیتاً فدخل فی أنفه وحلقه غبار، فعلیه صوم شهرین متتابعین؛ فَإن ذلک له مفطرٌ مثل الأکل والشرب والنکاح.(۳)

آیه الله سید ابوالقاسم خویی رحمه الله راوی مجهول را «سلیمان بن حفص»

۱- (۱) امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۱، ص ۲۴۴.

۲- (۲) محمد ابراهیم کلباسی، رساله فی حرمه الغلیان فی شهر رمضان، ص ۱۰۸.

۳- (۳) حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۰، ص ۶۹.

می داند. هر چند روای در وسائل الشیعه «سلیمان بن جعفر» یاد شده، ولی در تهذیب شیخ طوسی، «سلیمان بن حفص» ذکر شده.(۱) که گرچه او در کتب رجال توثیق نشده امّا در اسناد کامل الزیارات وارد شده است.(۲) لذا آیه الله خویی در محاضرات درس صوم مناقشه ی سندی را بر نتافته و بیان داشته: «فالمناقشه فی السند ساقطه من أصلها».(۳) همچنین مضمره بودن روایت را مضر نمی دانند؛ زیرا شیخ این روایت را در تهذیب که کتاب حدیثی معتبر اوست آورده و محمّد بن الحسن الصفار آن را در کتاب حدیث خود آورده.(۴)

حاجی کلباسی مشتمل بودن سند را بر فرد مجهول مُضّر نمی داند و اعتماد اصحاب را سبب اعتبار روایت می داند. و اضمار را هم قادح نمی دانند؛ چه این که نقل سند در فتوا دأب علما و خصوصاً شخصی مثل شیخ طوسی نیست. و این که در فتوا به بخشی از روایت را قائل نمی شویم نیز ضرری نمی زند و ایشان قائل به تجزیه ی و می آورد: «فبرفع حجیه جزءٍ منه لا یلزم عدم حجیه غیره».(۵)

و دلیل مخالف یعنی موثقه ی عمرو بن سعید را مهجور و مردود می داند.(۶) و آن موثقه این است: عمرو بن سعید عن الرضا علیه السلام قال سألته عن الصائم یتدخن بعود أو غیر ذلک، فتدخل الدخنه فی حلقه فقال: جایز، لا بأس، قال: وسألته

ص:۲۴

۱- (۱) شیخ طوسی، تهذیب الأحکام، ج ۴، ص ۲۱۴.

۲- (۲) ابن قولویه، کامل الزیارات، ص ۳۷۹ و ۳۸۰.

۳- (۳) سید ابوالقاسم خوئی، موسوعه الإمام الخوئی، ج ۲۱، ص ۱۵۴.

۴- (۴) همان، ص ۱۵۲ و ۱۵۳.

۵- (۵) محمد ابراهیم کلباسی، رساله فی حرمه الغلیان فی شهر رمضان، ص ۱۰۹.

۶- (۶) همان، ص ۱۱۲.

عن الصائم يدخل الغبار فی حلقه؟ قال: لا بأس به.(۱)

حاجی همچنین این احتمال را مطرح می کند که موثقه وارد در مورد کسی باشد که بدون شعور و ادراک و به صورت غیر عمد دود داخل در گلوی او شده باشد.(۲)

آیه الله خوئی معتقد است در جمع بین دو روایت موثقه به حال غیر عمد و مضمره به صورت عمد حمل شود. و می فرماید: «الصحیح هو ما عرفت فی وجه الجمع من حمل المانعه علی العمد والمجوّزه علی غیره من غیر فرق بین الغلظه وغیرها».(۳)

قابل توجه اینکه ایشان در این عبارت تفصیل بین غلیظ و غیرغلیظ را نمی پذیرند. ایشان همچنین در منهاج الصالحین در ششمین مورد از مفطرات بیان داشته: «السادس: إیصال الغبار الغلیظ منه و غیر الغلیظ إلی جوفه عمداً علی الأحوط، نعم ما یتعسر التحرز عنه فلا بأس به، و الأحوط إلحاق الدخان بالغبار».(۴)

۶ – تبدّل رأی بواسطه ی تبدّل مبنای رجالی

آیا ورود در اسناد کامل الزیارات در نزد آیه الله خوئی موجب وثاقت است. بیان داشته اند که آیه الله خوئی در ابتدا به هیچ عنوان قائل به وثاقت رجال کامل الزیارات نبوده، در دوره ی دوم به صورت مطلق قائل به وثاقت آنان بوده، و سپس در اواخر عمر شریف خود صرفاً قائل به وثاقت مشایخ بلاواسطه ی ابن قولویه بوده.(۵)

و سلیمان بن حفص راوی بلاواسطه ی ابن قولویه نیست؛ پس بنابر گزارش

۱– (۱) حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۰، ص ۷۰.

۲– (۲) محمد ابراهیم کلباسی، رساله فی حرمه الغلیان فی شهر رمضان، ص ۱۱۲.

۳– (۳) موسوعه الإمام الخوئی، ج ۲۱، ص ۱۵۶.

۴– (۴) سید ابوالقاسم خوئی، منهاج الصالحین، ج ۱، ص ۲۶۴.

۵– (۵) ر. ک: محمّدباقر الایروانی، دروس تمهیدیه فی القواعد الرجالیه، پاورقی ص ۱۷۶ و ۱۷۷.

واصـله قاعدتاً باید آیه الله خوئی از رأی مذکور در کتاب الصوم برگشته باشند. خصوصاً باتوجه به این که ایشان انجبار ضعف سند به عمل اصحاب را در این مورد صغرویاً و کبرویاً نمی پذیرند.(۱)

۷ – نظر حاج محمد ابراهیم کلباسی

حاجی کلباسـی قائلند که: دخان مفطر است و در افطار به دخان، هم قضاء لازم است و هم کفاره و در این باره فرقی بین غلیظ و رقیق نیست و بین روزه ی مـاه رمضان و سایر روزه ها نیز فرقی نیست، و بخار هم ملحق به دخان است ولی اگر غبار و دود و بخار فقط داخل فضای دهان شود و پایین نرود مبطل نیست.(۲)

۸ – نظر صاحب هدایه المسترشدین

جناب صاحب هدایه در مسأله ی شـرب قلیان در ماه رمضان که بر این نظرند که: «قول به جواز – نظر به ظاهر ادله ی شـرعیه – خالی از قوّت نیست، خصوصاً هرگاه بسـیار کم دود باشـد و دود او را غلظتی نباشـد؛ چه ایصال غبار یا دخال غیر غلیظ به حلق مانعی ندارد، و قول به منع از آن مطلقاً، خالی از ضـعف نیست؛ چه در منع از آن، عسـر و حرج عظیم است، خصوصاً نسـبت به طبّاخان.

و هرگاه در شریعت منعی از آن می بود – چون از امور عام البلوی است – بایست روایات متعدده در منع از آن وارد شده باشد و حال آن که اثری از منع در اخبار موجوده وارد نشده، سوای یک روایت ضعیفه ی معلوله که در «غبار» وارد شده.

۱– (۱) موسوعه الإمام الخوئی، ج ۲۱، ص ۱۵۳.

۲– (۲) ر. ک: محمّدابراهیم کلباسی، رساله فی حرمه الغلیان فی شهر رمضان، ص ۱۱۴.

و چون حکم در غبار غلیظ منجبر به عمل اصحاب، و اجماع منقول در مسأله است، چاره [ای] از عمل به آن روایت درخصوص غبار نیست بعد از حمل إطلاق بر «غبار غلیظ»؛ بلکه دعوای انصراف ظاهر روایت به آن، خالی از وجه نیست، و در ماعدای آن از: غبار غیر غلیظ و دخان مطلقاً، قول به عدم منع قوی است. امّا از آنجا که احتیاط در دین از امور مهمه است خصوصاً در عباداتی که اهتمام صاحب شریعت در آن بسیار و از ارکان سید ابرار است، مراعات احتیاط را در این مقام از مهام شمارند. و به این جهت عمل شیعه در جمیع بلاد بر ترک کشیدن قلیان است مطلقاً».(۱)

از عبارت ایشان استفاده می شود که:

۱ - ایشان دود را ملحق به غبار نکردند؛

۲ - بین غبار غلیظ و غیرغلیظ تفصیل قائل شدند و حال آن که در روایت مروزی چنین تفصیلی وجود ندارد؛

۳ - در مسأله ی استعمال دخانیات قسمت روزه و عدم قضاء و کفاره را قوی ارزیابی نمودند؛

۴ - سیره ی عملی متشرعین از شیعه را بر ترک استعمال دخان در ماه رمضان دانستند.

۹ - نظر امام خمینی

امام خمینی (قدس سره) در تحریر الوسیله، یکی از مفطرات را رساندن غبار غلیظ به حلق دانسته اند و بیان داشته اند: رساندن غبار غلیظ به حلق، بلکه غبار غیرغلیظ هم بنابر احتیاط اگرچه اقوا خلاف آن است،... و بنابر بر اقوا بخار به غبار ملحق نمی شود، مگر آن که در دهان تبدیل به آب شود، سپس آب را فرو برد. چنان که دود نیز بنابر اقوا به غبار ملحق

۱- (۱) ر. ک: میراث حوزه ی اصفهان، ج ۴، ص ۸۰ و ۸۱.

نیست البته بنابر احتیاط (واجب) کشیدن دود ملحق به رساندن غبار به حلق است (و روزه را باطل می کند).(۱)

امام خمینی در هشتمین مورد از مفطرات نوشته اند: «الثامن [ممّا یجب الإمساک عنه]: إیصال الغبار الغلیظ إلی الحلق، بل وغیر الغلیظ علی الأحوط سواء کان الإیصال بإثارته بنفسه بکنس أو نحوه أو بإثاره غیره أو بإثاره الهواء مع تمکینه من الوصول وعدم التحفظ، وفیما یعسر التحرّز عنه تأمّل، ولا بأس به مع النسیان أو الغفله أو القهر الرافع للإختیار أو تخیل عدم الوصول، إلاّ أن یجتمع فی فضاء الفم ثمّ أکله اختیاراً، والأقوی عدم لحوق البخار به إلاّ إذا انقلب فی الفم ماء وابتلعه، کما أن الأقوی عدم لحوق الدخان به أیضاً، نعم یلحق به شرب الأدخنه علی الأحوط».(۲)

از این عبارت استفاده می شود؛ هرچند ایشان دود را ملحق به غبار ندانسته اند، ولی ظاهراً برای تدخین و اموری از قبیل سیگار کشیدن و قلیان کشیدن خصوصیتی قائلند که این موارد را به غبار ملحق کرده اند و قائل به لزوم اجتناب شده اند. به دیگر معنا تفصیل داده اند بین دودهای غیرشربی استعمالی و استعمال و شرب دود. که این تفصیل قابل توجه و از جهتی محلّ تأمل است.

۱۰ - نظر کاشف الغطاء

جناب شیخ جعفر کاشف الغطاء در موانع و مفطرات روزه سومین مفطر را رساندن غبار غلیظ به درون می دانند و غبار خفیف را مانع نمی دانند. همچنین دخان را مانع نمی دانند مگر برای کسی که به دود عادت دارد و از آن لذت می برد،

۱- (۱) امام خمینی، تحریر الوسیله، ترجمه ی علی اسلامی، ج ۱، ص ۵۲۱.

۲- (۲) امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۱، ص ۲۴۳.

به گونه ای که در نزد او مانند خوراک (قوت) است، چه این که دود اشدّ از غبار است.

عبارت ایشان چنین است: «ثالثها: وصول الغبار الغلیظ إلی الجوف، بإیصاله إلیه، أو بفعل باعث علیه، منه أو من غیره من غیر فرق بین غبار التراب والدقیق والنوره ونحوها؛ دون ما یوصله الهواء من دون قصد. ودون الخفیف منه. ودون الدخان إلاّ لمن اعتاده، وتلذّذ به، فقام عنده مقام القوت، فإنّه أشدّ من الغبار. ودون البخار، إلاّ مع الغلبه والإستدامه فإنه إذا فقد الماء قد یقوم هذا مقامه، والأحوط تجنّب الغلیظ منهما مطلقاً».(۱)

و صاحب هدایه المسترشدین در توضیح رأی جناب کاشف الغطاء بیان می دارند: «أفقه المتأخرین، شیخ محمّدجعفر طاب مرقده دخان غلیظ را به غبار غلیظ ملحق نمی دانستند، ولیکن در کشیدن غلیان تفصیل می دادند:

[۱] مابین کسانی که کشیدن قلیان در مزاج ایشان باعث تقویت شود - چنان چه در جمعی از معتادین به قلیان مشاهده می شود که به مجرّد کشیدن آن ایشان را قوّت و نشاطی حاصل می شود که در صرف غذا حاصل نمی شود، و اهتمام ایشان به قلیان وقت افطار بیشتر از أکل و شرب است.

[۲] و کسانی که بر این نحو نباشند، و از کشیدن قلیان ایشان را قوّت و نشاطی حاصل نشود چنان چه در جمعی دیگر ملاحظه می شود؛

پس در قسم اول منع از کشیدن قلیان در حال روزه می فرمودند به خلاف ثانی.

و مستند به آن بودند که: منع از أکل و شرب در روزه، به جهت ضعیف نمودن قوه ی حیوانیه است - چنان چه از بعضی روایات مستفاد می شود - و هرگاه مزاج چنان باشد که تقویت آن به غلیان، مثل غذا بیش از این باشد، حکم در آن مزاج،

۱- (۱) جعفر نجفی، کشف الغطاء، ج ۴، ص ۳۲.

حکم أکل خواهد بود، و علّت مانعه از أکل باعث منع از آن نیز می شود».(۱)

نقد کلام کاشف الغطاء

مرحوم کشف الغطاء در مورد الحاق دخان به غبار، به دو دلیل استناد کرده اند:

۱ - دخان در حق معتادی که از آن لذت می برد مانند قوت است؛

۲ - دود شدیدتر از غبار است.

در نقد کلام ایشان می توان گفت:

اولاً: مقتضای دلیل دوم شما الحاق مطلق است و حال آن که مقتضای دلیل اول الحاق درخصوص متلذّذ معتاد است، که ظاهراً فتوا نیز بر مقتضای دلیل اول می باشد. پس بین دو دلیل ایشان و مقتضای آن دو به نوعی تعارض است.

ثانیاً: شدیدتر بودن دود از غبار محلّ تأمل است. بر فرض اشدّ باشد فرق نهادن در این شدیدتر بودن معتاد و غیرمعتاد محل تأمل است.

ثالثاً: جناب صاحب هدایه می فرماید: لیکن إلی الآن بر حقیر علّت بودن امر مذکور [ضعیف نمودن قوّه ی حیوانیه] محقّق نشده؛ تا در هر امری که آن علّت موجود باشد آن حکم را جاری سازیم؛ غایت امر آن است که آن را حکمت منع تناول از غذا دانیم. و حکمت را تسریه نمی توان نمود.(۲)

پس دلیل اول نیز مخدوش است و ملاک قطعی تحریم به دست ما نمی دهد تا آن را تعمیم دهیم به سایر موارد.

وصلی الله علی سیدنا محمّد وآله طاهرین

والحمد لله ربّ العالمین

ص:۳۰

۱- (۱) میراث حوزه ی اصفهان، ج ۴، ص ۷۸ و ۷۹.

۲- (۲) میراث حوزه ی اصفهان، ج ۴، ص ۷۹.

مصادر و مآخذ:

قرآن کریم.

۱. ابن قولویه، کامل الزیارات، نشر الفقاهه، ۱۴۱۷ ه -. ق.

۲. امام خمینی، تحریر الوسیله، تهران، مکتبه الاعتماد، ۱۴۰۳ ه -. ق.

۳. امام خمینی، (ترجمه ی علی اسلامی)، تحریر الوسیله، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۲۵ ه -. ق.

۴. امام خمینی، توضیح المسائل محشی، چاپ هشتم، قم، جامعه مدرسین.

۵. ایروانی، محمّدباقر، دروس تمهیده فی القواعد الرجالیه، چاپ دوم، قم، نشر مدین، ۱۳۸۵.

۶. تنکابنی، محمد، قصص العلماء، به خط سید حسن علی عابدی لکهنوی، ۱۳۰۶ ه -. ق.

۷. رازی اصفهانی، محمدتقی، رساله ی شرب القلیان فی شهر رمضان، (تحقیق مجید هادی زاده)، میراث حوزه ی اصفهان، دفتر چهارم، اصفهان، مرکز تحقیقات رایانه ای حوزه ی علمیه ی اصفهان، ۱۳۸۶.

۸. طوسی، محمد بن حسن، تهذیب الأحکام، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب

ص:۳۱

الإسلامیه، ۱۴۰۷ ه -. ق.

۹. عاملی، محمد بن الحسن الحر، وسائل الشیعه، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه آل البیت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۲۴ ه -. ق، ۲۰۰۳ م.

۱۰. مجلسی، محمد باقر، بحار الانوار، بیروت.

۱۱. مظاهری، حسین، توضیح المسائل، چاپ ششم، ۱۳۸۱.

۱۲. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم، منهاج الصالحین، چاپ بیست و هشتم، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ه -. ق.

۱۳. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم، موسوعه الإمام الخوئی.

۱۴. کلباسی، محمد ابراهیم، رساله حرمه الغلیان فی شهر رمضان، (تحقیق حیدر کرباسی)، نجف اشرف.

۱۵. کلباسی حائری، محمد، (و محمد علی نجفی کلباسی، علی کرباسی زاده اصفهانی)، خاندان کلباسی، چاپ اول، اصفهان، کانون پژوهش، ۱۳۸۱.

۱۶. نجفی، جعفر، کشف الغطاء، دفتر تبلیغات اسلامی شعبه خراسان، ۱۳۸۰.

استصناع

اشاره

وَ اصْنَعِ الْفُلْکَ بِأَعْیُنِنا وَ وَحْیِنا (هود ۳۷)

مقدمه

مذهب حقه ی امامیه نیز با تکیه بر بنیان مرصوص ثقلین (کتاب الله و اهل البیت علیهم السلام) عالی ترین برنامه ها را در زمینه عبادات، معاملات، اخلاقیات پی ریزی نموده که از مقتن ترین و مستندترین برنامه ها و شرایع به حساب می آید. چنین فقهی است که مفتاح بصیرت و تمام عبادت است و با تکیه به آن می توان بر منهاج عدالت سیر کرد. واین فقه صحیحی است که باید جهت فراگیری آن نفر ومهاجرت داشت. «فَلَوْ لا نَفَرَ مِنْ کُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طائِفَةٌ لِیَتَفَقَّهُوا فِی الدِّینِ وَ لِیُنْذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذا رَجَعُوا إِلَیْهِمْ لَعَلَّهُمْ یَحْذَرُونَ» (توبه ۱۲۲).

فقهای شیعه، این خبرگان شریعت، فقه را در دو بخش عبادات و معاملات مطرح نموده و احکام الهیه را بیان نموده اند.

ما در این مقاله به یکی از مباحث محجور ولکن پر فایده و مبتلی به جامعه در بخش معاملات می پردازیم و آن مسأله ی استصناع (سفارش ساخت) می باشد.

با تشکر فراوان از کلیه ی اساتید و بزرگانی که ما را در این مقاله از نظرات آن بزرگواران استفاده کرده ایم، از ایشان و دیگر صاحب نظران خواهشمندم جهت بهتر شدن این اثر نویسنده را با نظرات کارشناسانه ی خود یاری نمایند.

امیدوارم این مقاله مورد نظر حضرات اهل البیت علیهم السلام و مفید جامعه ی مسلمانان واقع شود.

ص:۳۳

استصناع چیست ؟

استصناع لغةً: مصدر استصنع الشیء، ای: دعا الی صنعه(۱).

استصناع در لغت به از ماده ی صنَع یصنَع صُنعا (به فتح و ضم صاد) به معنای ساختن می باشد که با رفتن به باب استفعال به معنای طلب ساختن شیء است. استصنع فلاناً کذا: طلب منه أن یصنعه له(۲). و در اصطلاح فقهی به نوعی قرار داد اطلاق می شود که در بر دارنده ی در خواست ساخت چیزی می باشد، و ما از آن تعبیر به قرار داد سفارش ساخت می کنیم. و به تعبیر دیگر استصناع عبارت است از:

«در خواست تملیک عینی که با عمل سازنده پردازش شده به عوض معلوم».

استصناع در دیدگاه علمای شیعه

استصناع از زمانی دور در فقه شیعه مطرح بوده و بزر گانی همچون شیخ الطایفه محمد بن حسن طوسی و ابن حمزه و ابن سعید (رحمهم الله)(۳) متذکر این نهاد و احکام آن شده اند.(۴) ولی در ارایه ی مبسوط و مفصل مطالب مربوط به این بحث تلاش

ص:۳۴

۱- (۱) لسان العرب: «صنع».

۲- (۲) المعجم الوسیط، ص ۵۲۵.

۳- (۳) محمد علی انصاری، الموسوعه الفقهیه المیسره ج ۲، ص ۳۲۴.

۴- (۴) قال أبوجعفر محمد بن حسن الطوسی: «استصناع الخفاف، و النعال، و الاوانی من الخشب و الصفر و الرصاص و الحدید، لایجوز...» ثم قال: «دلیلنا علی بطلانه: انّا اجمعنا علی انّه لایجب تسلیمها، و أنه بالخیار بین التسلیم و ردّ الثمن، و المشتری لایلزمه قبضه، فلوکان العقد صحیحاً لما جاز ذلک، و لِاَنّ ذلک مجهول غیر معلوم بالمعاینه، و لا موصوف فی الذّمه فیجب المنع.» الخلاف ۲۱۵:۳. و قال: «و استصناع الخف و النعل و الاوانی من خشب او صفرٍ او حدید او رصاص لایجوز، فإن فعل لم یصح العقد، و کان بالخیار إن شاء سلمه و ان شاء منعه، فإن سلمه کان المستصنع بالخیار إن شاء ردّه و إن شاء قبله.» المبسوط ۱۹۴:۲. وقال ابن حمزه: «من استصنع شیئاً قبل، و فعل الصانع، کان مخیراً بین التسلیم و المنع، و المستصنع بین القبول و الرّد.» الوسیله: ۲۵۷. و قال ابن سعید: «و استصناع شیء کالخفّ، و فعله الصانع، غیر لازم للمستصنع و له ردّه» الجامع للشرایع: ۲۹۵.

علمای معاصر شیعه قابل تقدیر است.

آیت الله شیخ محمد مؤمن قمی درباره ی استصناع چنین می آورد:

«مراد از عقد استصناع یا «قرارداد سفارش ساخت» این است که کسی به نزد صنعتگر بیاید و از او بخواهد که تعدادی از کالاهایی را که می سازد، به ملکیت او در آورد. در این حال، قراردادی میان این دو به امضا می رسد، که صاحب صنعت، تعداد مورد توافق را برای وی بسازد و قیمت آن را دریافت کند.»(۱)

و در چند صفحه بعد می فرمایند: «سفارش ساخت (استصناع) یک عنوان کلّی است که از چند نوع قرارداد انتزاع می شوند و نه از یک نوع، همانند عنوانهای عقد و عهد و مبادله که هر کدام چندین نوع را در بر می گیرد.»(۲)

آیت الله سید محمود شاهرودی راجع به استصناع بیان داشته اند:

«استصناع عبارت از توافق با صاحبان صنایع برای ساختن شیئی معین مانند تخت یا در... برای شخص پیشنهاد دهنده است.

در این توافقنامه، هم مواد کالا و هم عملیات ساخت آن بر عهده ی سازنده

۱- (۱) محمد مؤمن قمی، استصناع، فصلنامه ی فقه اهل بیت، شماره ی ۱۱ و ۱۲، ص ۲۰۱.

۲- (۲) همان، ص ۲۱۲.

است؛ و اگر مواد از شخص پیشنهاد دهنده باشد، در این صورت توافق مزبور، نوعی اجاره است و اگر چیزی را که پیشنهاد دهنده خواهان آن است، بالفعل ساخته و آماده شده نزد سازنده موجود است، در این صورت توافق مزبور نوعی خرید و فروش خواهد بود.»(۱)

آنچه به نظر می رسد اینکه:

اوّلاً: نمی توان استصناع را یک نهاد انتزاعی دانست گرچه یک نهاد حقوقی است که می تواند در صور و قالبهای حقوقی مختلف اهداف آن تأمین شود؛ مانند: نهاد «صلح» که بعضی مواقع اهداف نهاد حقوقی بیع و دیگر نهادها را برآورده می کند و حال آنکه نمی توانیم بگوییم از آنها انتزاع شده.

ثانیاً: ما دو نوع استصناع داریم: «استصناع بالمعنی الاعم» و «استصناع بالمعنی الاخص» که استصناع نوع دوم استقلال از سایر عقود دارد.

ثالثاً: سؤالات مهم است که اگر در یک قرارداد مواد اولیه را سفارش دهند تهیه کند، امّا از تعبیر سفارش ساخت (استصناع) استفاده کنند آیا این قرارداد «اجاره» محسوب است یا «استصناع»؟ آیا مشمول احکام اجاره است یا احکام استصناع؟ آیا کالای نیم ساز متعلق به سفارش دهنده است یا سازنده؟ اگر طرفین هر کدام قسمتی از مواد اولیه را تهیه کنند آیا این قرارداد استصناع است یا اجاره؟ کالای نیم ساز متعلق به کیست؟

به نظر می رسد در چنین صوری قرارداد باز هم سفارش ساخت بالمعنی الاخص باشد با احکام خاص این مورد. در جایی که مواد اولیه از آن سفارش دهنده است ولکن قرارداد با تعبیر استصناع انشاء شده؛ سازنده یک حقّ عینی در کالای مصنوع

۱- (۱) سید محمود هاشمی شاهرودی، استصناع، فصلنامه ی فقه اهل بیت،، شماره ی ۱۹ و ۲۰، ص ۳.

و ساخته شده پیدا می کند و حال آنکه اگر اجاره باشد سازنده هیچ گونه حق عینی نسبت به عین پیدا نمی کرد و فقط، سفارش دهنده ضامن عمل او بود.

ان شاءالله تعالی در آینده بیشتر توضیح داده می شود.

استصناع در دیدگاه فقهای عامّه

فقهای عامه نیز از گذشته تا حال به این نهاد توجه داشته اند.(۱) گر چه با مشوب کردن ذهن و عبارات خود با اموری از قبیل قیاس و استحسان به کج راهه رفته(۲) و

۱- (۱) «اعلم بأنّ البیوع اربعه ۱ بیع عین بثمن ۲ و بیع دین فی الذّمه بثمنٍ و هو السلم ۳ و بیع عملٍ العین فیه تبع و هو الاستئجار للصناعه و نحو هما فالمعقود علیه الوصف الذی یحدث فی المحلّ بعمل العامل و العین هو الصبغ بیعَ فیه ۴ و بیع عین شرط فیه العمل و هو الاستصناع فالمستصنع فیه مبیعٌ عینٌ) و لهذا یثبت فیه خیار الرؤیه و العمل مشروط فیه.» السرخسی، المبسوط، ج ۱۵، ص ۸۴.

۲- (۲) «الاستصناع هو عقد علی مبیع فی الذّمه و شرط عمله علی الصانع. و القیاس ان لایجوز و فی الاستحسان جائز، لتعامل النّاس، فلا جرم اختصّ جوازه بما فیه تعامل، کما فی الخفّ و القلنسوه و الاوانی و نحوها، بعد بیان القدر، و الصفه و النوع. و هو عقد غیر لازم و لکل واحد منهما الخیار فی الامتناع قبل العمل، و بعد الفراق من العمل: لهما الخیار، حتی انَّ الصانع لو باعه قبل ان یراه المستصنع جاز لانّه لیس بعقد لازم، فامّا اذا جاء به الی المستصنع فقط سقط خیاره لانّه رضی بکونه للمستصنع حیث جاء به الیه. فاذا رآه المستصنع فله الخیار إن شاء اجازه و إن شاء فسخ عند ابی حنیفه و محمّد. و قال ابو یوسف: لاخیار له، لِأَنَّه مبیع فی الذمّه بمنزله السلم. و هما یقولان: إنّه بمنزله العین المبیع الغایب. فإذا ضرب الاجل فی الاستصناع ینقلب سلماً عند ابی حنیفه خلافاً، لِأنّه إذا ذکر فیه الاجل یکون فیه جمیع معانی السلم، و العبره للمعنی لا للفظ و لهذا لو استصنع ما لایجوز استصناعه حتی یکون استصناعاً فاسداً، و شرط فیه الاجل ینقلب سلماً، بلا خلاف، کذا هذا والله اعلم.» السمر قندی، تحفه الفقهاء، ج ۲، ص ۳۶۳ و ۳۶۲. توضیح: مبیع کلّی در بیع سلم مطرح است و در بیع سلم خیار رؤیت نیست؛ و مبیع عینی (شخصی) در بیع استصناع مطرح است و بر خلاف سلم در استصناع خیار رؤیت هست.

پس از افتادن در وادی این دو امر باطل و ادعای تعارض بین این دو در خصوص استصـناع بر حیرت خود و پیروان خود افزوده اند؛ ولی ان شاءالله ما به مدد اهل بیت عصـمت و طهارت راهی صحیح و منهجی قویم در این مبحث خواهیم پیمود تا رو شنگر راه پیروان شریعت نبی اکرم صلی الله علیه وآله باشد.

باید دانست که در پذیرش مشروعیت عقد استصناع احتیاجی به استحسان نیست.(۱)

تحلیلهایی برای بررسی ماهیت استصناع

آیا استصـناع عقد است یا صـرفاً یک مواعده(۲) است؟ ودر صـورتی که عقـد است، چه نوع عقـدی است؟ در این بـاره تحلیل هایی هست که ما به برخ از آنها می پردازیم:

۱ - استصناع عقد مستقّلی است؛

۲ - استصناع یکی از اقسام عقد بیع است؛

۳ - استصناع یکی از اقسام عقد اجاره است؛

۴ - استصناع جعاله است؛

۵ - استصناع، ترکیبی از چند عقد است؛

۶ - استصناع عقد نیست، بلکه امر به ساختن است به نحو تضمینی (ضمان بالامر)؛(۳)

۱- (۱) ر. ک: سید محمد تقی حکیم، الاصول العامه للفقه المقارن، ص ۳۲۷ و ۴۲۲.

۲- (۲) محمد علی انصاری، الموسوعه الفقهیه المیسره ج ۲. ص ۳۲۵.

۳- (۳) سید محمود هاشمی شاهرودی، همان، ص ۶.

۷ – استصناع یک عنوان کلّی است که از چند نوع قرارداد انتزاع می شود و نه از یک نوع.(۱)

در این رساله ان شاء الله کلیه ی این تحلیل ها بررسی می شود.

مورد معامله (معقود علیه)

در هر عقـد، قرار داد و معـامله ای شـیء و موضوعی هست که هـدف خواهان عقـدِ قرارداد را تأمین می کنـد؛ مثلاً در بیع مبیع موضوع اصلی است و بخاطر تملک مبیع مشتری اقدام به بیع می کند، و در اجاره منفعت مقصوده مورد و موضوع اصلی معامله است. حـال در استصـناع چـه چیزی مـورد معـامله اسـت؟ در پاسـخ بـه این پرسـش عـامه دو جـواب مطرح کرده انـد که دقیق نیست.(۲)

نظر دقیق این است که در استصناع دو چیز مطلوب مستصنع است: ۱ – عین ۲ – صنعت و هنر صانع. و به نظر می رسد صنعت و هنر و پردازش صانع نسبت به مواد بوده که داعی و انگیزه ی اصلی مستصنع بوده در قرارداد استصناع. لذا در استصناع عین و عمل مُندمجاً و متّحداً مورد معامله اند.

دو نکته

۱ – استصناع بالمعنی الاعم نهادی حقوقی است که به طرق مختلف و در اشکال متفاوت قابل تحقق است.

۲ – عباراتی از قبیل: الاستصناع، الاستئجار للصناعه، اجاره الصناعه(۳) ، بیع

۱- (۱) محمد مؤمن قمی، همان، ص ۲۱۲.

۲- (۲) «والرابع فی المعقود علیه فاختلف فیه فالمـذهب المرضـی فی الهـدایه أنّه العین دون العمل. و قال البردعی: المعقود علیه العمل دون العین لِأنّ الاستصناع ینبئ عنه. و الادیم و الصرم بمنزله الصبغ». ابن نجیم المصری، البحر الرائق، ج ۶، ص ۲۸۴.

۳- (۳) جرجس جرجس، معجم المصطلحات الفقهیه والقانونیه، ص ۱۷.

الاستصناع، همه بیانگر عقودی قریب المعنی و یا متحد المعنی هستند که بعضاً به معنای یکدیگر بکار رفته اند، امّا هر کدام قابل تأمل هستند و بعضی بین آنها فرق قائلند.

صور استصناع

برای فهمیدن جهات تصدیقی مباحث فقهی و از جمله بحث استصناع لازم است جهات تصوری مطلب به خوبی در ذهن فقیه تصویر شود و به دیگر سخن تصویر مبادی تصوریه مقدم است بر مبادی تصدیقیه؛ و از زمره ی امرری که درتنقیح مبادی تصوریه مؤثر است تشقیق شقوق و فهمیدن مختصات هر شق از آنهاست.

برای استصناع نیز اقسام و صوری متصور است که اینجا بعضی از آن صور روشن می شود. در استصناع گاهی مواد اولیه را صانع تهیه می کند، وگاهی مواد اولیه را مستصنع فراهم می آورد؛ همچنین ممکن است استصناع بصورت بیع و قرارداد تملیکی باشد، و یا به صورت تعهد به ساخت و تعهد به خرید، و یا به صورت وعده توسط صانع (وعده ی قطعی یا غیر قطعی).

و قابل تصور است که در استصناع قسمتی از مورد معامله ساخته شده است، یا هیچ مقدار از مورد معامله ساخته نشده است.

و استصناع در مواردی همراه با پیش پرداخت (کل عوض پرداخت شده یاقسمتی از عوض پرداخت شده) و در مواردی هم بدون پیش پرداخت صوررت می گیرد.

در استصناع گاهی برای پایان ساخت و یا تحویل کالا اجل و سر رسید مشخص می شود و گاهی بدون تعیین سر رسید است.

استصناع گاهی در مورد کالا-یی معمول است و گاهی چنین نیست، و به عبارت دیگر: گاهی قرارداد استصناع (سفارش ساخت) در مورد کالا رایج و متداول است، و گاهی استصناع در مورد این کالا متداول نیست.

با در نظر داشتن این صورت ها با بصیرت بیشتری وارد مباحث تحلیلی آینده می

شویم.

استصناع بالمعنی الاخص

همـانطور که در ابتـدای مبـاحث تـذکر داده شـد برای تنقیـح مطـالب و فهم دقیق ماهیت استصـناع دو قسم استصـناع بیان شـد: استصـناع بـالمعنی الاـعم و استصـناع بـالمعنی الاـخص. مفهوم استصـناع بـالمعنی الاـخص قرار داد مسـتقلی است که در عرض نهادهایی نظیر بیع و اجاره و جعاله قابل طرح باشد. آیا چنین نهادی وجود خارجی می تواند داشـته باشد و وقوع خارجی داشته است؟

استقلال عقد استصناع

آیا استصـناع عقد مسـتقلی است؟ آنچه به نظر می رسد این است که استصناع دارای معنای جامعی است که می تواند در قالب بیع و یـا اجـاره و یـا قالبهـای دیگری صورت پـذیرد. و می توانـد به صورت «استصـناع بالمعنی الاخص» صورت پـذیرد. به این صورت که: موجب می گوید: استصنعتک سریراً خشبیاً بالاوصاف المعهوده بعوض کذا و قابل می گوید: قبلت الاستصناع(۱). یک طرف سفارش ساخت می دهد در مقابل بهای معینی و طرف دیگر هم قبول می کند.

دلیل منکرین استقلال عقد استصناع و جواب آن

بعضی فقها می فرمایند: استصناع عقد مستقلی نیست، و یا تملیک شیء ساخته شده است که بیع است و یا تملیک عمل سازنده است که اجاره است.

جواب: استصناع عبارت است از «در خواست تملیک عینی که با عمل سازنده پردازش شده به عوض معلوم»؛ و چه بسا شخص سازنده خصوصیت داشته باشد و

۱- (۱) مسـأله ی مـوجب و قابـل و تمییز آنـدو و تقـدم ایجـاب بر قبول در عقود نقش فرعی دارد. در استصـناع نیز می توان به اعتباری صانع را موجب دانست.

قبول آن التزام به تحویل چنین عینی است به شخص موجِب (مستصنع).

ماهیت استصناع

و استصناع به این معنی صرف یک مفهوم لغوی نیست. بلکه یک مفهوم و وجود اعتباری حقوقی می یابد که منشأ آثار است، درست مثل بیع و اجاره؛ و در اثر آن سفارش دهنده حقّی پیدا می کند در ذمّه ی سازنده مبنی بر ساخت کالا و سازنده نیز حقّی پیدا می کند بر عهده ی سفارش دهنده مبنی بر دریافت «عوض الاستصناع»، و همچنین هر دو یک نحوه حق عینی پیدا می کنند نسبت و عین مصنوعه.

اینجا صرف تملیک العین نیست، و اصلاً اراده ی طرفین به تملیک و تملک عین و مواد تشکیل دهنده ی کالا تعلّق نگرفته و صرف تملیک عمل هم نیست زیرا صرف عمل مراد نبوده؛ بلکه مراد مستصنع تملّک عین مصنوعه و پردازش شده توسط صانع است و مراد مستصنع نیز بهره مندی از هنر و فن و صنعت خود است برای امرار معاش. با دقت می توان دریافت که آنچه اهمیت اساسی دارد صنعت و حرفه و هنر است و عین بلحاظ اهمیت در درجه ی دوّم قرارداد - بر خلاف بیع که کالا در آن نقش اساسی دارد و بر خلاف اجاره که عین در آن نقشی ندارد و عمل مورد معامله است - لذا چندان تفاوت نمی کند که مواد اولیه را صانع تهیه کند یا مستصنع و هر دو استصناع است. با تحویل کالا به مستصنع کالای مصنوعه ملک او می شود. و عوض الاستصناع می شود در حین انعقاد عقد پرداخت شود و یا در زمان تحویل کالا و یا حتی بعد از تحویل کالا.

این بود ماهیت استصناع و بعضی احکام آن ولکن بعضی فقها منکر استقلال عقد استصناع شده اند و تلاش کرده اند که حتماً عقد استصناع را به عقودی مثل بیع، اجاره و یا عقودی شبیه اینها جای دهند. با مطالعه ی ادله ی این فقهای بزرگوار آن ادله را کافی یافت نشد و در استقلال عقد استصناع (بالمعنی الاخص) اشکالی دیده نشد.

بررسی برخی شروط استصناع

برای استصناع شروطی بیان کرده اند:

۱ - بیان جنس و نوع و قدر و صفت مصنوع؛

۲ - اینکه معامله ی استصناع در مورد آن رایج باشد والّا تبدیل به سلم می شود؛

۳ - اینکه مدّت دار نباشد والّا اگر مدت دار باشد تبدیل به سلم می شود.(۱)

شرط اوّل

معین و مشخَّص بودن موضوع معامله در معاملات از قبیل اجاره و بیع و دیگر عقود معمول و متداول است و یک شرط ارتکازی و عقلایی است.

شرط دوّم

ظاهراً بسیاری از اهل عامه این شرط را قبول دارند و ریشه ی آن در استحسان است؛ به این معنا که عامه استصناع را نوعی بیع می دانند ولکن بیعی که مبیعش معدوم است و قیاس می کنند بر سایر اقسام بیع معدوم - غیر سلف - مورد استحسان را بر قیاس مقدم می دارند. ولکن در مخالفت قیاسی به قدر متیقن اخذ کرده اند و آن جایی است که تعامل در آن رایج است(۲).

ولکن در نزد ما:

اوّلاً: استصناع بالمعنی الاخص بیع نیست؛

و ثانیاً: قیاس مطلب باطلی است؛(۳)

۱- (۱) ابن عابدین، حاشیه رد المحتار، ج ۵، ص ۳۵۳.

۲- (۲) «فلو استصنع عند حائك ثوباً موصوف الطول و العرض و الرفعه و الجنس ینسجه من غزل الحائك... هذا لایعمل به الناس و انما جوزنا الاستصناع فیما فیه تعامل ففیما لاتعامل نأخذ بأصل القیاس و نقول أنّه لایجوز». السرخسی، المبسوط، ج ۱۵، ص ۸۴.

۳- (۳) ر. ك: محمد رضا مظفر، اصول الفقه، ص ۴۱۱.

و ثالثاً: استحسان را حجت نمی دانیم.

لذا استصناع یک عقدی است مشمول آیه ی کریمه ی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»۱ و تفاوتی هم ندارد که مورد معامله ثوب باشد و یا غیر ثوب و استصناع در آن مورد رایج باشد و یا غیر رایج، پس این شرط را برای استصناع قبول نداریم.

شرط سوّم

بعضی عامّه (ابو حنیفه) یکی از شرایط استصناع را مشخص نبودن سررسید می دانند و اگر سررسید تحویل مشخص باشد آنرا بیع سلم می دانند.(۱)

ولکن این قول در خود عامّه نیز مخالف دارد(۲) و بعضی فقهای عامه قول ابی حنیفه را قبول نکرده اند و استصناع با ضرب الاجل را باز هم استصناع داشته اند.

ادله ی این شرط:

۱ - ذکر اجل تلازم با بیع سلم دارد؛

۲ - چونکه استصناع عقد جایزی است، دَین در آن بی معناست و وقتی دینی نبود

۱- (۲) «ولابی حنیفه انّه اذا ضرب فیه اجلاً فقد اتی بمعنی السلم اذ هو عقد علی مبیع فی الذّمه مؤجّلاً و العبره فی العقود لمعانیها لا لصوره الالفاظ الا تری ان البیع ینعقد بلفظ التملیک و کذالاجاره و کذا النکاح علی اصلنا (ولهذا) صار سلماً فیما لا یحتمل الاستصناع کذا هذا و لِاَنّ التأجیل یختص بالدیون لِاَنّه وضع لتأخیر المطالبه و تأخیر المطالبه انّما یکون فی عقدٍ فیه مطالبه و لیس ذلک الّا السلم اذا لا دین فی الاستصناع ألا تری انَّ لکلّ واحدٍ منهما خیار الامتناع من العمل قبل العمل بالاتفاق ثم اذا صار سلماً یراعی فیه شرائط السّلم فان وجدت صح و الّا فلا.» ابوبکر الکاشانی، بدائع الصنائع، ج ۵، ص ۳.؛ «و لابی حنیفه انّ الاجل فی البیع من الخصائص اللازمه للسلم فذکره یکون ذکر للسلم معنی و ان لم یذکره صریحاً.» همان، ص ۲۱۰.

۲- (۳) همان.

اجل و سررسید نیز بی معنا می شود.

نقد دلیل اوّل: عقود از قبیل بیع نسیئه، قرض، اجاره و... همه دارای اجل و سررسیدند و حال آنکه هیچ یک بیع سلم نیستند. این دلیل سست و بی پایه بودنش بسیار واضح و پیداست.

نقد دلیل دوّم: اوّلاً در عقود جایزه ای از قبیل جعاله، هبه و وکالت نیز جعل سررسید می شود و جعل سررسید تلازمی با دَین ندارد. لذا جعل سررسید برای استصناع نیز به هیچ وجه بی معنا نیست ثانیاً: علی فرض که بی معنا باشد شما به چه دلیل این نوع عقد را ملحق به سلم می کنید؟

مراحل استصناع

مرحله ی اوّل: از زمان انعقاد قرارداد تا قبل از شروع به کار؛

مرحله ی دوّم: از شروع به ساخت تا پایان کار؛

مرحله ی سوّم: مرحله ی پایان ساخت؛

مرحله ی چهارم: مرحله ی رؤیت کالا.

صحت ولزوم استصناع

آیا استصناع باطل است یا صحیح و عقد لازم است یا جائز؟ آنچه از کلمات بزرگان شیعه و قدمای از فقها استفاده می شود بطلان و جواز است.

شیخ طوسی می فرماید: «أنّا اجمعنا علی انّه لایجب تسلیمها، و أنّه بالخیار بین التسلیم و ردّ الثمن، و المشتری لا یلزمه قبضه».(۱)

ترجمه: «ما اجماع داریم که واجب نیست تحویل آن (شیء مستصنع) و او (صانع) مخیر است بین تسلیم (شیء مصنوع) و رد ثمن و مشتری نیزملزم به گرفتن آن (شیء مصنوع) نیست».

۱- (۱) شیخ طوسی، الخلاف ۳:۲۱۵.

وشیخ طوسی در جای دیگر می فرماید: «و کان بالخیار إن شاء سلمه و ان شاء منعه، فإن سلمه کان المستصنع بالخیار إن شاء ردّه و ان شاء قبله».(۱)

واین عبارت مدلولی شبیه عبارت قبل دارد و دال بر جواز استصناع از جانب دو طرف می باشد. البته باید توجه داشت که این عبارات شیخ ظهور در جواز استصناع دارد و جواز فرع بر صحت عقد است؛ ولی مرحوم شیخ عبارات دیگری دارند از قبیل «لا یجوز» و «دلیلنا علی بطلانه» و «لو کان عقدا صحیحاً لما جاز ذلک (الخیار)» و «فیجب المنع»، که این عبارات دال بر عدم صحت و بطلان استصناع می باشد.(۲) ولی آنچه در جمع بندی کلام شیخ می توان گفت همان بطلان استصناع است و اگر هم سخن از تخییر به میان آمده ظاهراً اشاره به اختیار معامله ی جدیدی بعد از ساخته شدن شیء دارد. در واقع جوازی که از کلمات شیخ استفاده می شود جواز بعد از بطلان است و نه جواز متفرع بر صحت.

و ابن حمزه و ابن سعیدنیز کلماتی دارند که ظهور در جواز دارد.(۳) ولی آیا چگونه جوازی را در نظر دارند؟ این مطلبی است که احتیاج به بررسی بیشتر دارد. صاحب الموسوعه الفقهیه المیسره بر این عقیده است که ظاهر کلام این دو فقیه بزرگوار این است که استصناع عقد صحیح و جایز از دو طرف است.(۴)

آنچه در نقد کلام مرحوم شیخ طوسی می توان گفت این است که: عمده دلیل

۱- (۱) شیخ طوسی، المبسوط ۱۹۴:۲.

۲- (۲) ر. ک: صفحه ی ۲ پاورقی شماره ی ۴.

۳- (۳) ابن حمزه می فرماید: «من استصنع شیئاً قبل، و فعل الصانع، کان مخیراً بین التسلیم و المنع، و المستصنع بین القبول و الردّ». الوسیله ۲۵۷ و ابن سعید می فرماید: «و استصناع شیءٍ کالخف، و فعله الصانع، غیر لازم للمستصنع، و له ردّه». الجامع للشرایع: ۲۵۹

۴- (۴) محمد علی أنصاری، الموسوعه الفقهیه المیسره، ج ۲، ص ۳۲۴.

شیخ سه مطلب است.

مطلب اول: اجماع؛ ولکن تحصیل اجماع در مسأله ای مثل استصناع که قلیل الذکر در کلمات فقهای ما است مشکل است خصوصا با عباراتی که از ابن حمزه و ابن سعید نقل شده و از آنها استظهار صحت استصناع شده.(۱) و ثانیاً علی فرض وجود مدرکی بودن آن محتمل است.

مطلب دوم: خیار دو طرف؛ ولکن خیار اول کلام است و ثانیاً خیار دلیل بر بطلان نیست و تلازمی با بطلان و فساد ندارد.

مطلب سوم: جهالت نسبت به شیء مستصنع؛ که این هم منفی است.

و ماییم و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»۲ و «اصاله اللزوم» که دال بر صحت است.

لذا ما با تمسک به «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»۳ و «اصاله اللزوم» در معاملات قائل به لزوم استصناع بالمعنی الاخص هستیم.

بله بعضی از قالبهای استصناع بالمعنی الاعم مثل جعاله ی استصناعی جایز است که در مکان خود توضیح داده می شود.

برخی احکام استصناع

(ارتکازات عقلایی در مورد استصناع)

۱ - غرض سفارش دهنده تمام مصنوع نهایی بوده است، نه بخشی از آن. از اینرو مصنوع ناتمام اصلاً ملك سفارش دهنده نشده است.

۲ - اگر کالا طبق ذوق و سلیقه ی سفارش دهنده و یا استانداردهای رایج و مورد

۱- (۱) «یظهر من ابن حمزه و ابن سعید ان الاستصناع عقد صحیح جائز من الطرفین». محمد علی انصاری، همان.

نظر طرفین ساخته شده باشد، سفارش دهنده حق امتناع از دریافت کالا و نپرداختن عوض الاستصناع را ندارد.

۳ - تلف کالای ساخته شده، قبل از تحویل آن، از مال سازنده است و نه سفارش دهنده. و در صورتی که مواد اولیه را سفارش دهنده در اختیار سازنده قرارداده باشد در صورتی که افراط و یا تفریطی از سازنده نبوده باشد، سازنده ضامن نیست.

۴ - عوض الاستصناع می شود در حین انعقاد عقد، پرداخت شود و یا در زمان تحویل کالا ـ و یا حتّی بعد از تحویل کالا پرداخت شود.

۵ - سازنده در کالای ساخته شده یک «حق عینی» دارد و از آثار این حق این است که در صورت عدم پرداخت مبلغ توافق شده (عوض الاستصناع) می تواند از تحویل کالا خود داری کند و همچنین مستصنع را از تصرفات منع کند و مستصنع بدون اجازه حق تصرف در عین مصنوعه را ندارد.

۶ - اگر کالای مصنوعه تا قبل از تحویل تلف شد صانع نمی تواند اجرتی از مستصنع دریافت کند.

۷ - مورد معامله در استصناع عین و عمل هستند متحداً و مندمجاً و این مورد معامله می تواند کلّی فی الذمه باشد و می تواند شخصی در ذمّه (عین معین آینده) باشد.

۸ - مستصنع در کالا-یی که: برای او ساخته می شود یک نحوه حق عینی دارد ولکن اگر کالا را مطابق نقشه و قرار نساخت و یا بد ساخت حق دارد از دریافت آن امتناع کند.

۹ - گفته شده: اگر معلوم شود که استصناع باطل است، سفارش دهنده ضامن عمل سازنده است. و فیه تأمّل. اثبات ضمان قراردادی مشکل است و اگر ضمانی هم باشد ضمان خارج از قرارداد است در صورت تعدّی و تفریط.

ص:۴۸

آیا استصناع بیع است ؟

استصناع بالمعنی الاعم و به معنای لغوی آن می تواند بصورت بیع واقع شود؛ به این معنا که سفارش دهنده کالایی را از سازنده می خرد. در این صورت سازنده می تواند خودش مبیع را بسازد و تحویل دهد و یا اینکه دیگری بسازد و یا حتّی زحمت ساخت بخود ندهد و از بازار بصورت ساخته شده تهیه کند. لذا اگر سفارش دهنده خواهان ساخت کالا توسط شخصی خاص و یا سازمان خاصّی است باید شرط ضمن العقد نماید که کالا توسط شخصی خاصی و یا سازمان خاصّی ساخته شود.

به نظر می رسد که برخی فقها و حقوقدانان فرق گذاشته اند بین «استصناع» و «بیع استصناع» و برخی نیز این دو را به یک معنا بکار برده اند و برای استصناع ماهیت بیع و تملیک عین را قائل شده اند. به هر حال به نظر می رسد ماهیت استصناع بالمعنی الاخص متفاوت از ماهیت بیع است ولکن استصناع بالمعنی الاعم می تواند در قالب بیع منعقد شود و بیع استصناعی عبارت است از بیعی که در آن ساخت کالا بر بائع شرط شود. آیا این بیع صحیح است؟ آیا این عقد مشمول احکام بیع است یا استصناع و یا اینکه احکام خاصی به خود دارد؟ آیا این بیع همان بیع سلم است؟ آیا این بیع، بیع معدوم است؟ آیا مبیع کلّی است و یا شخصی؟ آیا مبیع در ذمّه است و یا در خارج؟

بیع سلم

«سلم عبارت از این است که شخص، عوض حاضر و یا در حکم حاضر را در برابر یک عوض توصیفی در ذمه و تا مدّت معلوم، پیش پرداخت کند».(۱)

«السلف ویقال السلم ایضا و هو ابتیاع کلی مؤجل بثمن حالّ عکس النسیئه».(۲) بیع

۱- (۱) شیخ طوسی، مبسوط، ج ۲، ص ۱۷۳.

۲- (۲) امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۱، ص ۴۶۸.

سلم آن است که کالایی را به صورت کلی و با مدت معلوم پیش فروش کنند.

بیع سلم، قالب دیگری برای استصناع بالمعنی الاعم است. ولی استصناع بالمعنی الاخصر، نه بیع است و نه بیع سلم. در این قالب «سفارش دهنده کالای کلّیی را با اوصاف معین از سازنده می خرد، از جمله آن اوصاف یکی آن که این کالا ساخت خود او باشد، نه ساخت دیگری»(۱)

البته این قالب با محدودیت هایی روبروست، از جمله لزوم حالّ بودن ثمن، و لذا اگر در استصناع بخواهند ثمن مدّت دار باشد. استفاده از این قالب با اشکال روبروست.

لزوم حالّ بودن ثمن در بیع سلم

برای برداشتن این محدودیت بعضی صاحب نظران مباحثی را مطرح کرده اند و به دو نتیجه رسیده اند:

«اوّل: آنکه شرط تحویل بها به هنگام انعقاد سلم که بر آن اصرار فراوان شده است از مجموعه شرایط صحّت سلم حذف خواهد شد و آنچه در ادله سلم مبنی بر قبض ثمن در مجلس آمده شرط لزوم سلم است نه شرط صحّت آن؛ یعنی می توان سلم را منعقد کرد و بهای کالا را بعداً پرداخت نمود.

دوّم: آنکه فرق بین استصناع و سلم از بین می رود و آنچه عرف جامعه از دیرباز به آن اقدام نمود و با عنوان استصناع مورد انکار بعضی از مذاهب اسلامی قرار می گرفت مصداقی از سلم خواهد بود که همه آن را مورد تأیید قرار خواهند داد.»(۲)

و ظاهراً دلیل ایشان برای عدم اشتراط قبض فی المجلس. ثمن در سلف خدشه در این دلیل می داند که: در صورت حال نبودن ثمن سلم تبدیل به بیع دین به دین

۱- (۱) سید محمود هاشمی شاهرودی، همان، ص ۱۲.

۲- (۲) جمشید جعفرپور، بیع استصناع، پژوهشنامه ی متین، شماره ی ۳ و ۴، ص ۱۸۳ و ۱۸۴.

می شود و چنین بیعی منهی عنه است؛ ایشان این مطلب را نمی پذیرند و لذا قائل به این نتایج شده اند. و حال آنکه تنها دلیل لزوم حال بودن ثمن در سلف این دلیل نیست.

این مطلب را نه فقهای گذشته پذیرفته اند و نه فقهای معاصر از جمله آیت الله مؤمن و آیت الله شاهرودی.

آیت الله شاهرودی چنین می آورد: «می توان ادعا کرد که در این مورد سیره متشرعان بلکه سیره ی عملی تمام مسلمانان بر این بوده است و ارتکاز عملی آنان چنین بوده که خرید چیزی به عنوان سلف در ذمّه دیگری تا در همان مجلس عقد بهای آن را نپرداخته باشد، صحیح نیست.»(۱)

و همچنین آیت الله مؤمن بشکل مبسوط وارد این بحث شده اند و ادله ی اشتراط قبض ثمن فی المجلس را بیان کرده اند. و در آخر فرموده اند:

«آنچه در نهایت، از لغت، عرف و روایات یاد شده استفاده می شود، این است که حقیقت عنوان سلم و سلف بر پرداخت تمامی قیمت در مجلس استوار است و پیش خرید کردن کالایی، جز پرداختن قیمت آن، معنایی ندارد. بر این اساس، پایه بیع سلم عبارت است از، پرداخت و دریافت قیمت به صورت نقد».(۲)

ادله ی اشتراط قبض عوض در مجلس در بیع سلم

۱ - اجماع محصَّل و منقول؛

۲ - شهرت؛

۳ - روایات نهی از بیع دین به دین؛

۴ - روایات نهی از بیع کالی به کالی؛

۱- (۱) سید محمود هاشمی شاهرودی، همان، ص ۱۵.

۲- (۲) محمد مؤمن قمی، همان، ص ۲۲۱.

۵ – روایات خاصی که دلالت می کند بر استحاق باز پس گیری ثمن در صورت فراهم نشدن کالای پیش فروش شده؛(۱)

۶ – اصل عدم انتقال ملکیت.(۲)

تا اینجا به این نتیجه رسیدیم که اگر استصناع در قالب بیع سلم رفت ثمن در آن باید حال باشد.

آیا بیع استصناعی که ثمن در آن مؤجّل باشند باطل است؟

در اینجا اصل اولیه بر نفوذ و حلیت بیع است بموجب «أحلّ الله البیع»(۳) و تنها مشکلی که هست روایاتی است که از بیع دین به دین و یا از بیع کالی به کالی منع کرده اند.

۱ – از امام صادق (علیه السلام) نقل شده که از قول پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلّم) فرمود:

«دَین در مقابل دَین فروخته نمی شود.»(۴)

۲ – فقد روی فی مستدرک الوسائل عن دعائم الاسلام عن رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم)

«انه نهی عن بیع الکالی بالکالی، و هو بیع الدین بالدین...»(۵)

۳ – حافظ بیهقی در «السنن الکبری» با سندهایی از موسی بن عبیده، ابو عبدالعزیز زبدی یک بار از نافع، از ابن عمر نقل کرده است که پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلّم) از فروش کالی به کالی نهی فرموده است. در برخی از این سندها آمده است که نافع گفت: «و این فروش دین به دین است.» بار دیگر نیز از عبدالله بن دینار، از ابن عمر، نقل کرده و گفته است: پیامبر خدا (صلی الله علیه و آله و سلم) از فروش کالی به کالی، دَین به دَین، نهی کرد. در برخی از این سندها آمده

۱– (۱) محمد بن حسن الحر العاملی، وسائل الشیعه، ابواب السلف، باب ۱۱ ج ۱۸ ص ۳۰۳.

۲– (۲) برای بررسی این ادله به مقاله ی آیت الله مؤمن در فصلنامه ی فقه اهل بیت شماره ی ۱۱ و ۱۲ مراجعه فرمایید.

۳– (۳) سوره ی بقره، آیهی ۲۷۵.

۴– (۴) وسائل الشیعه، باب ۸ از ابواب سلف، ح ۲، ج ۱۲، ص ۶۴.

۵– (۵) مستدرک، باب ۱۵ از ابواب الدین و القرض، ح ۱، ج ۲، ص ۴۹۱.

است: ابو عبیده گفت: گفته می شود: «هو النسیئه بالنسیئه»: کالی به کالی یعنی نسیه به نسیه.»(۱)

۴ - پیامبر (صلی الله علیه و آله و سلم) از بیع کالی به کالی؛ یعنی: دین به دین نهی کرده است.(۲)

و امّـا سؤال مهم این است که آیـا روایـات نـاهی از بیع کالی به کالی و بیع دین به دین چه ربطی به بیعی دارد که ثمن و مثمن در آن مؤجّل باشند؟

در این روایات سه احتمال وجود دارد:

۱ - منظور تبادل دو دَینی است که قبل از بیع وجود داشته؛

۲ - منظور انقلاب دین است به این معنا که وقت پرداخت دین رسیده ولکن آنرا به دین دیگری می فروشد؛(۳)

۳ - منظور بیعی است که در آن هم ثمن و هم مثمن به صورت دین و بر ذمّه ی طرفین باشد (بیع نسیه به نسیه).

پس در این روایـات سه احتمـال وجود دارد که فقط بنابر یکی از آنها روایات شامل مورد ما می شود (بنابر احتمال سوّم) و اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال. بلکه اظهر این است که منظور احتمال اول و احتمال دوّم - که یکی از مصادیق احتمال اوّل است - باشد.

۱- (۱) سنن بیهقی، کتاب البیوع، باب ما جاء فی النهی عن بیع الدین بالدین، ج ۵، ص ۲۹۰.
۲- (۲) ابن ادریس حلّی، السرائر، باب بیع الدیون و الارزاق، ج ۲، ص ۵۵.
۳- (۳) سرائر ج ۲، ص ۵۵ و مستدرک باب ۱۰، ح ۱، (ج ۲ ص ۴۹۱) و المصباح المنیر.

آیت الله مؤمن نیز می فرماید: «اگر کسی به درستی فروش کلّی به کلّی، که هر دو مدّت دار [نسیه] باشند، قایل شود، نظریه ی او با قواعد همخوانی خواهد داشت.»(۱)

و آیت الله شاهرودی می فرمایـد: «ثانیاً: ظاهر بیع دین به دین آن است که مبیع و ثمن یا دست کم مبیع، قطع نظر از این معامله، به صورت دین باشـند؛ بنـابراین بیع دین به دین شـامله معامله ای که در خود همان معامله مبیع به صورت دین در می آیـد نمی شـود... دست کم چنـان که از سـخنان فقهـا و فتـاوای ایشـان در مسألـهٔ بیـع دین به دین بر می آیـد در این مورد اجمـال وجود دارد.»(۲)

لذا ما بر می گردیم به همان اصل اولیه و می گوییم: بیع استصناعی که در آن ثمن حال نباشد - گر چه سلف نیست - مشمول ادله ی صحت بیع و آیه ی شریفه ی «أَحَلَّ اللهُ الْبَیْعَ»۳ می باشد.

بیع شخصی فی الذمه (بیع عین آینده)

برخی استصـناع را براساس «بیع معدوم» تحلیل کرده اند به این معنا که «مبیع کلّی در ذمّه ی سازنده نیست، بلکه مبیع مشـخص است؛ یعنی مشتری کالاـیی را که سازنـده می سـازد و کالاـیی واقعی است و به صورت مواد اولیه یـا به صورت کلّی در معین وجود خـارجی متعین دارد، می خرد؛ چون مشـتری نسبت به کالاـ شـناخت دارد و بـا توجه به التزام سازنـده به سـاختن آن، به تحقق آن اطمینان دارد، معامله ی او باطل نیست. و چه بطلان معامله، امری عقلی نیست، بلکه چیزی است مانند لزوم غرر که با شناخت کالا و اطمینان از ساخت آن برطرف می شود.

در این صورت استصناع از صورت بیع سلف خارج می شود چرا که سلف

۱- (۱) محمد مؤمن قمی، همان، ص ۲۲۹.

۲- (۲) سید محمود هاشمی شاهرودی، همان، ص ۱۴.

اختصاص به موردی دارد که مبیع کلّی در ذمّه باشد. همچنین روایات بطلان بیع معدوم نیز شامل استصناع نمی شود؛ زیرا این روایات منصرف به مواردی است که مبیع در خارج شناخته شده نبوده و اطمینانی به تحقق آن در ظرف زمانی خودش نباشد که موجب رفع غرر و خطر گردد.»(۱)

«بحث بیع عین آینده در کلّی مطرح نمی شود؛ زیرا: بیع کلّی صحیح است و بحثی در صحت آن نیست و ممکن است مصداق کلّی هم اکنون موجود باشد و یا در آینده بوجود آید؛ مثلاًـ می گوید: یکی از تولیدات خودروی سال آینده را به تو می فروشم.

و آنچه محل تعمّق و اختلاف است بحث در عین معین و مشخَّص است.

ماده ۳۶۱ ق. م «اگر در بیع عین معین، معلوم شود که مبیع وجود ندانسته بیع باطل است.» به دلیل اینکه:

۱ - غرر پیش می آید و بیع می شود مخاطره آمیز؛

۲ - امکان تملیک منتفی می شود اگر مبیع در هنگام عقد موجود نباشد.»(۲)

مصادیق بیع عین آینده

برای این بیع می توان دو مورد و مصداق ذکر کرد:

۱ - بیع اثمار: فروش میوه ای که هنوز موجود نیست؛

۲ - بیع استصناع: عین معینی را می خرد که هنوز ساخته نشده.

آنچه متعلق اراده ها است معین است ولی غیر موجود است. مثلاً می گوید: این تخته ها و چوبها و میخها را بگیر و با این طرح برای من کشتی بساز من آن کشتی را

۱- (۱) سید محمود هاشمی شاهرودی، همان،، ص ۱۶.

۲- (۲) میر حسین عابدیان، تقریرات درس حقوق مدنی ارشد (گردآوری: حسین حلبیان)

خریدم.(۱)

مبانی عدم صحت بیع عین آینده و نقد آن

آنچه به عنوان مبنای بطلان بیع عین آینده ذکر می شود دو مطلب است:

۱ - غرری بودن؛

۲ - عدم قابلیت تملیک.

و امّا غرر: آیا غرر در چیزی که غیر موجود است ولی ممکن الوجود است وجود دارد؟ عرف چه می گوید؟

و امّا عدم قابلیت تملیک: ما قائل به فوریت تملیک در این مورد نیستیم و آنچه در بیع باید باشد تملیک است و این تملیک فوری است در صورتی که مانع نباشد. و عدم فوریت تملیک نه در بیع اثمار و نه در استصناع مانع تملیک و بیع نیست.(۲)

آنچه به نظر می رسد این است که این قالب از بیع هم می تواند ظرف حلول استصناع بالمعنی الاعم باشد و نوعی بیع استصناعی باشد. شرط تحقق این مورد این است که مواد اولیه از اوّل مشخص و معین در خارج باشد و الاّ اگر چنین نباشد - ولو که طرح و نقشه مشخص باشد - بیع کلّی خواهد بود.

امّا همانطور که سابقاً آمد: استصناع عقد مستقلی است غیر از بیع. بله استصناع بالمعنی الاعم می تواند بصورت بیع سلم و یا بیع عین آینده و یا بیع مؤجَّل به مؤجَّل صورت پذیرد.

مسأله ی قابل طرح این است که آیا بیع عین آینده زیر مجموعه ی سلف نیست؟ آیا در سلف حتماً لازم است که مبیع کلّی فی الذمه باشد؟ آیا نمی شود مبیع شخصی فی الذمّه باشد؟ فروشنده به واسطه ی چه عاملی ملتزم به ساختن این کالا می باشد؟ چه

۱- (۱) برگفته از منبع قبل.

۲- (۲) برگفته از منبع قبل.

مطلب شرعی و یا عامل حقوقی او را ملزم به این کار می کند؟

معامله ی اشیاء نیم ساخته

اشیاء نیم ساخته را می توان خرید. و در آن شرط اتمام ساخت کرد؛ در این بیع، مبیع حالّ است و لذا سلم نیست. در این صورت هم استصناع بمعنی الاعم هست ولی از صورت بیع سلف خارج است چرا که سلف اختصاص به موردی دارد که مبیع کلّی در ذمّه باشد. و بیع کالی به کالی هم نیست - به هیچ یک از معانی سه گانه یاد شده برای بیع کالی به کالی - پس شیء نیم ساخته می تواند مورد بیع واقع شود.

آیا می تواند مورد استصناع هم قرار گیرد؟ آیا قرارداد استصناع بالمعنی الاخص در این مورد قابل اجرا است؟ بله به این صورت که مستصنع با دیدن ساختمان نیم ساخته و یا ماشین نیم ساخته قرارداد سفارش ساخت می دهد و صانع هم قبول می کند و آنرا به اتمام رسانده و تحویل می دهد.

تفاوت این دو معامله (بیع و استصناع) در زمان ملکیت ظاهر می شود. در معامله ی بیع ملکیت از زمان عقد به مشتری منتقل می شود و در معامله ی استصناع ملکیت در زمان تحویل، به مستصنع منتقل می شود. در اینگونه موارد استصناع بر شیء جزئی واقع می شود. مورد استصناع همچنین می تواند شیء کلّی باشد.

آیا استصناع «اجاره» است ؟

استصناع بالمعنی الاعم و بمعناه اللغوی می تواند بصورت اجاره باشد. مانند اینکه شخص مواد اولیه را تحویل سازنده می دهد و از او در خواست ساخت می کند. این نحوه سفارش ساخت زیر مجموعه ی باب اجاره است و نزدیک به آن معنی است. در این مورد اگر در قرار داد تصریح به اجیر بودن سازنده و یا کارخانه شده باشد و یا از قرائن و شواهد اینطور برآید که قصد طرفین اجاره بوده، احکام اجاره مُجری خواهد بود.

و امّا اگر از الفاظی نظیر «استصناع» و یا «سفارش ساخت» استفاده کرده باشند و بر ما مشخص شود که قصدشان قرارداد استصناع بوده، احکام استصناع در آن جاری خواهد بود. در صورتی که استصناع باشد، با اینکه مواد اولیه از آن سفارش دهنده است ولی سازنده نیز یک حق عینی در کالای ساخته و پرداخته شده پیدا می کند. اثر این حق این است که در صورت عدم پرداخت مبلغ توافق شده (عوض الاستصناع) می تواند از تحویل کالا خودداری کند، و تا قابل از تحویل درکالا شریک است و اگر کالا تلف شد نمی تواند اجرتی از سفارش دهنده دریافت کند.

برخی دیگر از فرقهای اجاره و استصناع

۱ – صانع در برخی موارد تنها به ساخت کالا اقدام نمی کند، بلکه مکلّف است مواد اولیه ی مورد نیاز را شخصاً فراهم نماید.

۲ – در اجاره عقد بر «عمل اجیر» صورت می گیرد و بها در مقابل آن پرداخت می گردد. در حالی که در استصناع عقد بر عین و عمل متحداً و مندمجاً صورت می گیرد و هر دو منظور طرفین است.

آیا استصناع جعاله است؟

استصناع بالمعنی الاعم و بمعناه اللغوی می تواند در قالب جعاله باشد. به این شیوه که بگوید: هر کس این کالا را برای من بسازد این مقدار پول به او می دهم.

و جعاله عقدی جایز است قبل از دست بکار شدن سازنده و هنگامی که شروع به کار کرد عقد از طرف سفارش دهنده لازم است ولی از طرف سازنده جایز است و می تواند دست از کار بکشد.

البته سفارش دهنده می تواند اجرت سازنده را تا مقداری که ساخته بدهد و اگر مواد اوّلیه از طرف سازنده بوده عوض آن را بدهد و «جعاله ی استصناع» را بر هم

ص:۵۸

بزند.(۱)

استصناع ترکیبی

قالبی دیگر برای استصناع بالمعنی الاعم، «استصناع ترکیبی» است به این معنا که چند عقد با هم ترکیب شده اند تا روند سفارش ساخت شکل گیرد.

«سفارش دهنده، سازنده را وکیل می کند که موادّ اوّلیهٔ کالا را برای او بخرد و آن را به گونه ای که وی می خواهد بسازد. بر این پایه، استصناع اوّلاً مشتمل بر وکالت است؛ ثانیاً مشتمل بر خرید مادّهٔ اولیه به وکالت از سوی سفارش دهنده است و ثالثاً مشتمل بر اجاره ی سازنده است برای ساخت کالا بدان گونه که سفارش دهنده می خواهد با تعیین اجرتی که دو طرف بر آن توافق کرده اند. پس استصناع، ترکیبی است از سه عقد وکالت و بیع و اجاره.»(۲)

استصناع التزامی

«قراری قطعی حاصل شده باشد مبنی بر اینکه سازنده کالای درخواستی را بسازد و آن را بر سفارش دهنده عرضه کند و سفارش دهنده هم آن کالا را پس از عرضه کردن وی خریداری کند. این صورت مصداق عنوان عقد است.

بر این پایه، حق آن است آیه ی یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ این صورت را در بر می گیرد و بر لزوم و وجوب وفای به آن بر هر کدام از طرفین دلالت می کند.»(۳)

و این قرارداد هم یک نحوه از استصناع بالمعنی الاخص است.

ص:۵۹

۱- (۱) رجوع شود به: محقق حلی، شرایع الاسلام ج ۳، ص ۱۲۷، کتاب الجعاله.

۲- (۲) سید محمود هاشمی شاهرودی، همان، ص ۲۰ و ۲۱.

۳- (۳) ر. ک: محمد مؤمن قمی، همان، ص ۲۲۹ و ۲۳۰.

اشکال بر استصناع التزامی

«عقد عبارت است از التزام به رابطه ای اعتباری که به واسطه ی همین التزام میان دو طرف پدید آمده است، مانند التزام به تملیک یا التزام به پرداخت حقّی به دیگری یا زوجیت یا ولایت یا هر رابطه ی قانونی دیگر. از التزام تکلیفی به انجام عملی، هرگز یک رابطه ی وضعی پدید نمی آید... بر این اساس، التزام سازنده به ساختن کالا در قبال التزام سفاش دهنده به خرید آن بعد از ساخت عقد نیست مگر این که التزام به تملیک عین یا عمل یا پرداخت حقی از سازنده به سفار دهنده بازگردد که در این صورت التزام مذکور به همان عقد بیع یا اجاره و امثال آن باز می گردد.»(۱)

نظریه ی صواب در استصناع التزامی

به نظر می رسد قول آیت الله مؤمن صحیح باشد و اینجا التزام طرفین باعث ایجاد یک وجود اعتباری به نام استصناع التزامی می شود که آثاری دارد غیر از بیع و اجاره و این وجود اعتباری همان رابطه ی وضعی است که آیت الله شاهرودی برای صدق عنوان عقد در پی آن هستند. به نظر می رسد آیت الله شاهرودی می خواهند استقلال استصناع را به عنوان یک نهاد حقوقی مستقل از دیگر نهادهای حقوقی نپذیرند و حتماً آن را در ضمن دیگر نهادهای حقوقی از قبیل بیع و اجاره توجیه کنند. ولی این مطلب لزومی ندارد و با مستقل دانستن نهاد استصناع هیچ مشکلی پیش نمی آید.

البته این استصناع التزامی مملِّک نیست و صرفاً التزام به تملیک است و پس از ساخته شدن کالای مصنوع باید یک بیع نقد و یا نسیه بر روی آن صورت گیرد به موجب قرارداد استصناع التزامی سابق.

۱- (۱) سید محمود هاشمی شاهرودی، همان، ص ۸

ضمان بالامر

گفته شده:

«استصناع عقد نیست، بلکه امر به ساختن است به نحو تضمینی.»(۱)

«استصناع، امر به ساختن است به وجهی که آمر، ضامن کالای ساخته شده باشد، مانند امر به انجام عملی یا اتلاف مالی با ضمانت آمر. بنابراین، سازنده مأمور ساخت است با ضمانت سفارش دهنده، نسبت به قیمتی که بر آن توافق کرده اند. سفار دهنده پس از ساخت، در قبال تملّك او بر کالای ساخته شده ضامن قیمت آن است....

از این رو سازنده می تواند آن را به شخص دیگری غیر از سفارش دهنده بدهد. فقط در این صورت سفار دهنده دیگر ضامن آن نخواهد بود؛ زیرا تخلّف از ناحیه ی سازنده صورت گرفته است.»(۲)

نقد این تحلیل از استصناع

۱ – این توجیه خالی کردن استصناع است از وجهه ی قراردادی و عقدی.

۲ – این توجیه خلاف ارتکاز است خصوصاً اینکه بگوییم سفارش دهنده هیچ حقی نسبت به کالا ندارد و سازنده می تواند آنرا به دیگری بدهد.

۳ – ما بنابر ارتکاز عقلائی قائل به یك نحوه حق عینی در کالای مصنوع برای سفار دهند هستیم و حال آنکه توجیه شما چنین حقی را ثابت نمی کند.

۴ – امر و ائتمار، لزوماً عقد و رابطه ی حقوقی و لزوم دفع عوض و معوّض ایجاد نمی کند. چه بسا آمر قصد دارد که مأمور اینکار را مجاناً برای او انجام دهد و یا مأمور به هر دلیلی مجاناً و بدون انتظار عوض کاری را انجام می دهد.

۱- (۱) همان، ص ۶.

۲- (۲) همان، ص ۲۱.

استصناع و نظام بانکداری اسلامی

«یکی از مهمترین عقود مورد استفاده در کشورهای اسلامی، عقد استصناع است. بانکها با استفاده از این عقد ماشین آلات و ابزار مورد نیاز صنعتگران را تهیه و در اختیار آنها قرار می دهند.

برای مثال متقاضی خرید ماشین آلات که سرمایه کافی در اختیار ندارد به بانک مراجعه و از بانک تقاضا می کند که در قالب عقد استصناع فلان ماشین آلات و ابزار کار را برای او خریداری کند و در اختیار وی قرار دهد. بانک ماشین آلات مورد نیاز متقاضی را به صورت نقد از سازنده آن خریداری می کند و به طور اقساط در اختیار وی قرار می دهد. متقاضی با دریافت ماشین آلات و راه اندازی کارخانه و فروش تولیدات صنعتی خود اقساط را پرداخت می کند.

رابطه ی بانک در این عقد خریدار و فروشنده ماشین آلات مبتنی بر عقد بیع است. بانک از یک سو اقدام به خرید ماشین آلات به صورت نقدی از فروشنده می کند و سپس کالا را با استفاده از بیع نسیه (ثمن مؤجل) به خریدار تحویل می دهد، منتهی قیمت کالای نسیه همواره بیشتر از کالای نقد است و فقها نیز آن را جایز شمرده اند. بانک نیز از ما به التفاوت قیمت نقد و نسیه کالا سود می برد.»(۱)

«اخیراً اداره مطالعات و مقررات بانکی بانک مرکزی جمهور اسلامی مشغول تدوین قوانین و مقررات و عملیات حسابداری عقد استصناع است تا بانکها بتوانند تسهیلات مورد نیاز تولید کنندگان و صنعتگران را در قالب عقد مذکور در اختیار آنان قرار دهند.»(۲)

و بنا بر آخرین اخبار واصله عقد استصناع به عنوان یکی از عقود بانکی در

۱- (۱) ابراهیم درویشی، عقد استصناع، فصلنامه بانک صادرات، شماره ی ۲۰، ص ۴۱، ۱۳۸۱ ش.

۲- (۲) همان، ص ۴۴.

سامانه ی بانکداری اسلامی و بدون ربا در ایران پذیرفته شده است. و در صورت اجرای صحیح این عقد و عقود اسلامی دیگر ما می توانیم دارای بانکهایی با موازین و معیار های اسلامی و بدون ربا داشته باشیم. آنچه پسندیده و مورد نظر شارع در امور اقتصادی است اجتناب از ربا(۱) و رعایت انصاف(۲) است وباید بانکداری اسلامی همراه با اخلاق اسلامی و رفق و مدارا باشد زیرا اسلام مسائل اقتصادی و حقوقی را از اخلاق و پایبندی به شریعت جدا نمی داند. ونیز آنچه اهمیت دارد اجرای صحیح و دقیق عقود اسلامی و تفهیم نوع و کارکرد عقد مورد نظر به مشتریان بانک می باشد. نباید این احساس در بانکداران و مشتریان ایجاد شود که فرقی بین اینگونه عقود و ربا نیست. شفاف سازی و بیان روند حقوقی متفاوت از ربا به همراه انصاف و اخلاق و روحیه ی خدمت گذاری - و نه سود جویی صرف - می تواند در تطهیر و تلطیف فضای بانکها و رضایتمندی مشتریان مؤثر باشد. و با در نظر داشتن آنچه بیان شد باید اذعان داشت که اسلام با بهره برداری صحیح از اموال و دارایی ها مخالف نیست:«قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللهِ الَّتِی أَخْرَجَ لِعِبادِهِ وَ الطَّيِّباتِ مِنَ الرِّزْقِ» (سوره ی اعراف، آیه ی ۳۲).

وصلی الله علی سیدنا محمّد وآله طاهرین

والحمد لله ربّ العالمین

۱- (۱) أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبا (سوره ی بقره، آیه ی ۲۷۵)

۲- (۲) وَ إِنْ كانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلى مَيْسَرَةٍ (سوره ی بقره، آیه ی ۲۸۰)

منابع و مآخذ

قرآن کریم.

مصادر شیعه

۱. مستدرک الوسائل، میرزا حسین نوری.

۲. وسائل الشیعه، محمد بن حسن الحر العاملی.

مصادر عامه

۳. سنن بیهقی.

فقه شیعه

۴. استصناع (قرارداد سفارش ساخت)، محمد مؤمن قمی، فصلنامه ی فقه اهل بیت، شماره ی ۱۱ و ۱۲.

۵. استصناع (سفارش ساخت کالا)، سید محمود هاشمی شاهرودی، فصلنامه ی فقه اهل بیت، شماره ی ۱۹ و ۲۰.

۶. تحریر الوسیله، امام خمینی.

۷. الجامع للشرایع، ابن سعید.

۸. الخلاف، شیخ طوسی.

۹. السرائر، ابن ادریس حلّی.

۱۰. شرایع الاسلام، محقق حلی.

۱۱. المبسوط، شیخ طوسی.

۱۲. الموسوعه الفقهیه المیسره، محمد علی انصاری.

۱۳. الوسیله، ابن حمزه.

ص:۶۴

اصول فقه شیعه

۱۴. الاصول العامه للفقه المقارن، سید محمد تقی حکیم.

۱۵. اصول الفقه، محمد رضا مظفر.

حقوق

۱۶. بیع استصناع، جمشید جعفرپور، پژوهشنامه ی متین، شماره ی ۳ و ۴.

۱۷. تقریرات درس حقوق مدنی ارشد، میر حسین عابدیان، (گردآوری: حسین حلبیان).

۱۸. عقد استصناع تأمین کننده ی ابزار صنعتگران، ابراهیم درویشی، فصلنامه بانک صادرات ایران، شماره ی ۲۰، ص ۴۱، بهار ۱۳۸۱ ه ـ. ش.

۱۹. معجم المصطلحات الفقهیه والقانونیه، جرجس جرجس.

فقه عامه

۲۰. البحر الرائق، ابن نجیم المصری.

۲۱. بدائع الصنائع، ابوبکر الکاشانی.

۲۲. تحفه الفقهاء، السمر قندی.

۲۳. حاشیه رد المحتار، ابن عابدین.

۲۴. المبسوط، السرخسی.

لغت

۲۵. لسان العرب، ابن منظور.

۲۶. المصباح المنیر، الفیومی.

۲۷. المعجم الوسیط، ابراهیم انیس، عبدالحلیم منتصر، عطیه الصوالحی، محمد خلف الله احمد.

نرم افزار

۲۸. المعجم الفقهی.

ص:۶۵

بحثی در شروط

اشاره

آنچه در این مقاله مطرح است بحثی است در مورد، شروط، «شروط ابتدائی» و «شروط الحاقی»، همچنین دایره ی شمول روایت نبوی مشهور

«المؤمنون عند شروطهم»، و مبانی مورد نیاز جهت ورود به مباحث فقهی مرتبط.

با توجه به قول مشهور که «شروط ابتدایی» را لازم الوفاء نمی دانند و کلمات و ادعاهای مطرح شده در این بحث، لازم به نظر آمد که بحثی تا حدودی مبسوط و مبتنی بر تحقیق و تتبع در این زمینه مطرح شود.

فصل اول: شرط در لغت

۱ - در کتاب «العین» خلیل بن احمد در معنای شرط چنین آمده است:

الشَرطُ: معروف فی البیع، و الفعل: شارطه فشرط له علی کذا و کذا، یشرِطُ له.

و الشَرْطُ: بَزْغُ الحجّام بالمِشْرَط، و الفِعل: شَرَط یشرط. و البَزْغُ: الشَّرْط الضعیف.

و الشَریط: شبه خیوط تفتل من الخُوص، و الجمیع: الشُّرُط. فاذا کان مثلها مِنَ اللّیف فهی: دُسُر، و الواحد: دِسارٌ. قال الله تعالی: «وحملناه علی ذات ألواح و دسر»(۱) ، و دُسُرها: شُرُطُها...

۱- (۱) سوره ی قمر، آیه ی ۱۳.

و أشراط الساعه: علاماتها، الواحدُ شَرَطٌ.

و الشَّرَطُ من الابل: ما کان [مجلوباً] للبیع، نحو النّاب و الدَّبِر و نحوه.

یقالُ: افی ابِلک شَرَطٌ فنقول: لا. و لکنها لُبابٌ کلُّها.(۱)

در اینجا کسی نمی تواند از عبارت «فی البیع» استدلال کند بر لزوم ضمنی بودن در معنای شرط، چه اینکه محتمل است مراد این باشد که شرط و شارط به معنای بیع و قرارداد است و یا اینکه شرط معنایی است شناخته شده در بیع به این صورت که در الزام و التزام در ضمن بیع اطلاق شرط می شود و این به این معنا نیست که معنای منحصر شرط الزام و التزام در ضمن بیع است و مثلاً الزام و التزام در سایر معاملات از قبیل اجاره «شرط» نیست و یا الزام و التزام خارج از معاملات «شرط» نیست. و احتمالاً «فی البیع» برای تقریب به ذهن گفته شده.

مطلب قابل توجه دیگر اینکه «شَرْط» در اینجا مشترک لفظی و دارای دو معنا شناخته شده است:

همان معنای معروف در بیع؛

زخم حجامت کننده (زخم اندک).

و شریط به معنای نخ هایی است که از برگ درخت خرما تافته می شود، و اگر از پوست درخت خرما باشد «دِسار» نامیده می شود و «اَشراط الساعه» منظور علامت های قیامت است. و مفردش «شَرَط» می باشد به معنای علامت.

۲ - در «جمهره اللغه» آمده:

و الشَّرَط: ردیء المال من الابل و الغنم

و الشَّرط: معروف، و الجمع شروط و اشراط

و الشَّرَطان: نجمان من منازل القمر...

ص:۶۸

۱- (۱) خلیل بن احمد الفراهیدی، کتاب العین، ج ۶، ص ۲۳۵-۲۳۴.

و الشَّرط اصله الشَّق، و به سُمِّی شَرْط الحجّام.

و الشریط من الخوص من هذا اشتقاقه لانه یشَقُّ خوصه ثم یفتل، و هو فعیل فی موضع مفعول.(۱)

در این کتاب نیز به ضمنی بودن معنای شرط اشاره ای نشده نکته ی جالبی که هست اینکه اصل معنای شَرّط را به معنای بریدن و جدا کردن می داند و شریط (طناب بافته شده ی از برگ خرما) را به همین خاطر که جدا می شود و بافته می شود صفت مشبهه به معنای اسم مفعول (جدا شده) دانسته است.

۳ - در «اساس البلاغه» آمده است:

ش ر ط - شرط علیه کذا و اشترط، و شارطه علی کذا و تشارطا علیه و هذا شَرْطی و شریطتی... قیل لَاوائل کل شیءٍ یقع اشراطه، و منه اشراط الساعه... و شَدَّه بالشریط و الشُرُط و هی خیوطٌ من خوص.(۲)

ایشان هم متذکر این مطلب نشده اند که شرط لازم است در ضمن چیز دیگری باشد. و این معنا هم استفاده نمی شود که صدق شرط، مشروط به پذیرفتن طرف مقابل باشد.

۴ - در کتاب «القاموس المحیط» فیروز آبادی چنین آمده:

الشرط الزام الشیء و التزامه فی البیع و نحوه کالشریطه ج شروط و فی المثل «الشَرطُ أمْلَک علیکَ اولک» و بَزْغُ الحجّام یشرِطُ و یشرُطُ فیهما والدون اللئیم السافل ج اشراط و بالتحریک العلامَه ج اشراط...

و اشرط ابله اعلم انها للبیع و من ابله اعدّ شیئاً للبیع...

و الشریط خُوصٌ مفتول یشَرَّطُ به السریرُ و نحوه...

۱- (۱) محمد بن الحسن بن دُرید، جمهره اللغه، ج ۲، ص ۷۲۶.

۲- (۲) زمخشری، أساس البلاغه، ص ۲۳۳.

و ذو الشرط عَدِی بن جَبَلَه شرط علی قومه ان لایدفن میت حتی یَخُطَّ هو موضع قبره.

و اشترط علیه شَرَط... و شارطه شَرَط کلٌ منهما علی صاحبه.(۱)

در این کتاب ظاهراً قید «ضمنی بودن التزام» در معنای شرط اخذ شده، ولکن استفاده ی اطلاق از مَثَلی که آورده اند بعید نیست. و معنای مثل این است که «شَرط» مالک و صاحب اختیار است خواه به ضرر تو باشد و خواه به نفع تو.

همچنین ظاهراً شرط را مشترک لفظی بین دو معنا گرفته اند:

الزام و التزام در بیع و مانند آن؛

۲ - شخص پست و فرومایه.

نکته ی دیگری که قابل تأمل است اینکه ایشان ظاهراً شرط را به معنای اسم مصدری توضیح داده اند تبیین کرده اند، و همچنین در معنای شرط، پذیرفتن آن را اخذ کرده اند.

حضرت امام خمینی (رحمه الله) با توجه به مبنای خودشان که شرط را توافق ضمنی می دانند در کتاب البیع درباره ی ذیل کلام صاحب قاموس اشکال دقیقی را مطرح می کنند و در مقام جواب از آن بر می آیند.

اشکال این است که: ظاهراً در «شارطه» و در عبارتی که مربوط به «عدی بن جبله» است، «شرط» در معنایی غیر از الزام و التزام ضمنی به کار رفته و در معنای الزام و التزام مستقل و الزام ابتدایی به کار رفته است.

و جواب می دهند: ذیل کلام دلیل نمی شود که «شرط» به معنای مطلق الزام باشد، بلکه ما صدر کلام ایشان را قرینه قرار می دهیم که مراد از «شارطه» و

۱- (۱) محمد بن یعقوب الفیروز آبادی، القاموس المحیط، دارالجیل، بیروت، ج ۲، ص ۳۸۲-۳۸۱.

«ذوالشرط» شروطی است که در ضمن عقد از آنها صادر شده.(۱)

آنچه به نظر می رسد اینکه ما اشکال دقیق ایشان را می پذیریم ولی جواب قابل پذیرش نیست، آنچه را ایشان باید اثبات کنند این است که مشارطه و همچنین شرط عدی بن جبله در ضمن معامله ای بوده باشد و این بسیار دور از بیانی است که از ذیل کلام قاموس استفاده می شود. و ظاهراً صاحب قاموس شرطی که در ضمن قرارداد دیگر هم نیست «شرط» می داند.

۵ - در «الصحاح» آمده:

الشرطُ معروفٌ: و کذلک الشریطه، و الجمع شروط و شرائط.

قد شَرَطَ علیه کذا یشْرِطُ و یشْرُطُ و اشتَرَطَ علیه.

والشَرَطُ بالتحریک: العلامهُ.

واشراطُ الساعهِ: علاماتها.

والشَرَطُ ایضاً: رُذال المال. قال الشاعر:

تساق من المِعْزَی مُهُورُ نسائهم و من شَرَطِ المِعْزَی لهنَّ مهورٌ...

و الاشراط: الأراذل. یقال: الغنم اشراط المال.

والاشراط ایضاً: الاشراف. قال یعقوب و هذا الحرف من الاضداد،...

والشریط: حبلٌ یفتل من الخوص.(۲)

از این کتاب به هیچ عنوان استفاده نمی شود که لازم است شرط در ضمن چیز

۱- (۱) «ثُمَّ انَّ قولهما (القاموس و اقرب الموارد) فی خلال الکلام «شارطه: شرط کل منهما علی صاحبه» و قول الاوّل (القاموس): «ذو الشرط: عدی بن جبله، شرط قومه ان لایدفن میت حتی یخط هو موضع قبره» لادلاله فیه علی کونه بمعنی مطلق الالزام، بل کلامهما فی شرح الماهیه قرینه علی المراد منه فی خلال الکلام». امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۸۶.

۲- (۲) اسماعیل بن حمّاد الجوهری، الصحاح، ج ۳، ص ۱۱۳۶.

دیگری باشد. یا معامله ی دیگری باشد. همچنین در صدق «شرط» پذیرش طرف مقابل اخذ نشده است.

۶ - در کتاب «مصباح المنیر» چنین آمده است:

شَرَطَ الحاجم (شَرْطاً) مِن بابَی ضَرَبَ و قَتَلَ الواحدَهُ (شَرْطَهٌ) و (شَرَطتُ) علیه کذا (شَرْطاً) ایضاً و (اشترطتُ) علیه و جمعُ (الشَرْطِ) (شروطٌ) مثل فَلْسٌ و فلوسٌ. و الشَرَطُ بفتحتین العلامه و الجمعُ (اشراطٌ) مثل سَبَب و اسباب و منه (اشراط) الساعه... و «الشریط» خیطٌ او حبلٌ یفْتَلُ من خُوصٍ و (الشریطه) فی معنی (الشَّرط) و جمعها (شرائط).(۱)

ایشان متذکر این معنا نشده اند که شرط باید در ضمن چیز دیگری باشد. همچنین صدق مفهوم شرط متوقف بر پذیرش طرف مقابل نشده.

در اینجا هم شرط مشترک لفظی بین زخم حجامت کننده و شرط به معنای الزام است.

۷ - در «لسان العرب» آمده:

شرط: الشَّرط: معروف، و کذلک الشریطه، و الجمع شروط و شرائطُ، و الشَّرْطُ الزام الشی و التزامه فی البیع و نحوه، و الجمع شروط. و فی الحدیث: لایجوز شرطانِ فی بیع، هو کقولک: بعتک هذا الثوب نقداً بدینارٍ و نسیئهً بدینارین، و هو کالبیعتین فی بیعه،...

و قد شرط له و علیه کذا یشرِطُ و یشرُطُ شرطاً و اشتراط علیه. و الشریطه: کالشرط، و قد شارَطَه و شَرَط له فی ضیعته یشرِطُ و یشرط، و شرط للاجیر یشرُطُ شرطاً.

والشَرَطُ، بالتحریک: العلامه، و الجمع اشراطٌ. و اشراط الساعه: اعلامها، و هو

ص:۷۲

۱- (۱) احمد بن محمد بن علی المُقری الفیومی، المصباح المنیر، ص ۳۱۰-۳۰۹.

منه. و فی التنزیل العزیز: «فَقَدْ جاءَ أَشْراطُها».۱

ایشان هم ظاهراً قید ضمن چیز دیگری بودن را در معنای شرط اخذ کرده اند، ولکن در ادامه استعمال نموده شَرَطَ را بدون حرف اضافه ی «فی» و اینکه شرط بدون «فی» باز ظهور در ضمنی بودن تعهد داشته باشد بعید است.

۸ – در کتاب «اقرب الموارد» چنین آمده است:

شَرَط علیه فی البیع و نحوه ن ض شرطاً: الزمه شیئاً فیه و – الحجّام فلاناً بَزَغَهُ و تقول «رُبَّ شرط شارطٍ اوجع من شرط شارط» الاول من الالزام الثانی مِن بزغ الحجّام.

(شَرِطَ) فلانٌ ل شَرطاً ایضاً وقع فی امرٍ عظیم.

(شارطه) شرط کلٌ منهما

(اشترط) له کذا: التزمه

(الشَرْط): الزام الشیء و – التزامه فی البیع و نحوه ج شروط و فی المثل: «الشرط املک علیک ام لک» ای انّ الشرط یملک صاحبهُ فی الزامه ایاه المشروط ان کان له او علیه و – الدون اللئیم السافل ج اشراط

(الشَرَطُ) محرکةً: العلامه ج اشراط...

(الشریطُ) المشروط و – خوصٌ مفتول یشَرّط به السریر و نحوه...

(الشریطه) المشروطه و – الشرط لالزام الشیء و التزامه فی البیع و نحوه...

(الاَشرَط) الارذل یقال «الغنم اشرط المال» ای ارذله.(۱)

و از آنچه ایشان معنا کرده اند برداشت می شود که در صورتی که شَرَطَ با «فی

۱- (۲) سعید الخوری الشرتونی اللبنانی، اقرب الموارد فی فُصَح العربیه و الشوارد، ج ۱، ص ۵۸۴-۵۸۳.

البیع» همراه باشد به معنای الزام کردن چیزی ضمن بیع است. البته همان مثل معروفی که صاحب قاموس آورده را ایشان هم ذکر کرده و آنچه آنجا گفته شده اینجا هم می گوییم که بعید نیست اطلاق «شرط» در این مثل.

۹ – در «معجم الوسیط» آمده:

(شَرَطَ) الجَلدَ و نحوه شرطاً: شَقَّه شَقّاً یسیراً. و – له امراً: التزمه. و علیه امراً: الزمه ایاه...

(الشَّرْط) ما یوضع لیلتزم به فی بیع و نحوه....

(الشَرَط): العلامه...

الشریط: الحبل المفتول. و فتیله السراج.(۱)

۱۰ – «الرائد» می نویسد:

شَرَط یشرُطُ و یشرِطُ شَرطاً ۱ – الجلد: شَقَّهُ. ۲ – علیه امراً: الزمه ایاه. ۳ – له امراً: التزمه...

الشَّرط: ۱ – مص. شرط. ۲ – ما یوضع لیلتزم فی عمل او نحوه: «الاجتهاد شرطٌ للنجاح».(۲)

از معجم الوسیط آنچه که ظاهر می شود اینکه شرط تحمل هر دو معنا را دارد و می تواند به معنای الزام ضمنی باشد و یا الزام و التزام مطلق. و همینطور است آنچه از الرائد بدست می آید.

۱۱ – در «المنجد» آمده:

شرط علیه فی بیعٍ و نحوه: الزمه شیئاً فیه و شارطَه: شرط کلٌّ منهما علی صاحبه... عاهده فی المعامله علی امر یلتزمه....

ص:۷۴

۱– (۱) المعجم الوسیط، المجلد الاول، ص ۴۷۹–۴۷۸.

۲– (۲) جبران مسعود، الرائد، ص ۸۷۴.

تشارَطَ القومُ: شارط کلٌ ّ منهم غیره... تشارطوا علی الشیء: التزموه.

اشترط له کذا: التزمه. الشَرط (مص) ج شروط: الزام الشیء و التزامه؛ و فی المثل «الشَرطُ امَلک علیک او لک» ای ان الشرط یملِک صاحبه فی الزامه ایاه المشروط ان کان علیه اوله...

شَرَّط الشيء: شَدَّه و ربطه. الشریط ج شُرُط: خوص مفتولٌ یشَرَّط به السریر و نحوه.(1)

از این کتاب نیز برداشت می شود که در صورتی که شرط با «فی» بیاید به معنای الزام ضمنی است، ولی می توان از آنچه ذکر شده دریافت کرد که شرط تحمل معنای الزام خارج از قرارداد دیگر را هم دارد.

همچنین بیان کرده که شرط در صورتی که به باب تفعیل برود به معنای شدّ و ربط می باشد.

۱۲ - «فرهنگ معاصر عربی - فارسی» آورده است:

شَرَط -ِ(شَرط) ه -: پاره کردن، دریدن (چیزی را)؛ خراش دادن، نیشتر زدن، تیغ زدن، چاک دادن، چاک زدن، شکافتن؛ قیدکردن، شرط کردن (چیزی را)...

علی ه -: شرط کردن (بر کسی چیزی را)، متعهد کردن، ملزم کردن، مقید کردن (کسی را به چیزی)....

شارط: شرایط متقابل گذاردن، قرارداد بستن، عهدنامه بستن، موافقتنامه امضا کردن.(2)

در این لغت ضمنی بودن در معنای شرط فهمیده نمی شود و مطلق الزام را شرط دانسته است.

۱- (۱) لوییس معلوف، المنجد فی اللغه، ص ۳۸۲.

۲- (۲) آذرتاش آذرنوش، فرهنگ معاصر عربی - فارسی، ص ۳۲۷-۳۲۶.

در پایان بحث و بررسی لغوی در معنای شرط به این نتیجه می رسیم که «شرط» تحمل معنای الزام و التزام در خارج از بیع و سایر معاملات را دارد و ادعای اینکه معنای حقیقی شرط صرفاً الزام و التزام در ضمنی معاملات می باشد، بعید به نظر می رسد.

و همچنین اینکه اصل لغوی معنا را «ربط» بدانیم نیز ثابت نیست.

فصل دوم: اولویت اشتراک معنوی

مرحوم شیخ انصاری اشتراک معنوی را اولی از مجاز دانسته اند.(۱) به این بیان که: «هر گاه دو احتمال «اشتراک معنوی» و «استعمال مجازی» در بین باشد حمل بر «اشتراک معنوی» ترجیح دارد؛ چون اشتراک معنوی استعمال لفظ در موضوع له است بخلاف مجاز».(۲)

استاد ما حاج شیخ مهدی مروارید در تقریر مطلب چنین فرموده اند: «وقتی لفظ شرط در التزامات ابتدایی به کار می رود امر دائر است بین اشتراک معنوی و مجاز و اشتراک معنوی اولی از مجاز است - کما اینکه در اشتراک لفظی هم گفته شده اولی از مجاز است -».(۳)

و در مقام اشکال به این مطلب می فرمودند: «چنین اولویتی وجود ندارد و حجت نمی باشد، به گونه ای که بخواهد اثبات ظهور کند...

۱- (۱) مرتضی انصاری، کتاب المکاسب، ج ۶، ص ۱۲.

۲- (۲) تقریر درس استادآیه الله سید مصطفی محقق داماد، نوشته ی: حسین حلبیان.

۳- (۳) تقریر درس استاد آیه الله حاج شیخ مهدی مروارید. خارج فقه ۱۳۸۷/۷/۲۴، نوشته ی: حسین حلبیان.

بله جایی که معنای حقیقی کلمه معلوم باشد و ما شکّ کنیم مستعمل آن کلمه را در معنای حقیقی استعمال کرده یا در معنای مجازی و قرینه ای هم در میان نباشد، اخذ می کنیم به اصاله الحقیقه (اصل تطابق بین مراد حقیقی و مراد استعمالی) و عقلا آن را حمل می کنند بر معنای حقیقی، امّا اگر در اصل معنای حقیقی کلمه شکّ داشته باشیم، دیگر اصل دارای حجیتی نداریم که ظهور را اثبات کند و این امور ظنیه نمی تواند مطلب را اثبات نماید».(۱)

فصل سوم: بررسی معنای «شرط » در روایات

۱ - روایت عبدالله بن سنان از امام صادق (علیه السلام)

قال سألتُ أبا عبدالله (علیه السلام) عن الشرط فی الإماء لاتباع و لاتوهب؟ قال: یجوز ذلک غیر المیراث، فانّها تورث لِاَنَّ کُلَّ شرطٍ خالف الکتاب باطلٌ.(۲)

یک احتمال در این روایت این است که شرط به معنای التزام فی البیع و مانند آن است. و احتمال دیگر اینکه منظور از «الشرط فی الإماء» کل قرارداد هایی باشد که در مورد کنیزان است خواه ضمنی و خواه ابتدائی. و از طرفی دیگر در فقره ی دوم روایت که گفته شده «کُلُّ شرطٍ خالف الکتاب باطلٌ» احتمال این هست که منظور کل قرار و مدارهای مخالف کتاب باشد و نه فقط قرار و مدارهای ضمن عقد.

۲ - روایت منصور بزرج

۱- (۱) مهدی مروارید، تقریرات خارج فقه، ۱۳۸۷/۷/۲۴ - نوشته ی: حسین حلبیان و مجید عرفانیان.

۲- (۲) محمد بن الحسن الحر العاملی، وسائل الشیعه، کتاب التجاره، ابواب الخیار، باب ۶، ح ۳ - ج ۱۸، ص ۱۶.

منصور بزرج، عن عبـد صالـح (علیه السـلام)، قال: قلت له: انَّ رجلًا من موالیک تزوّج امرأهً ثُمَّ طَلَّقها فبانت منه فأراد اَن یراجعا فَـأَبَت علیه الّـا ان یجعـل لله علیه ان لاـ یطلّقها و لایتزوّج علیها، فأعطاها ذلک، ثُمَّ بـدا له فی التزویـج بعـد ذلک، فکیف یصـنع؟ فقـال: بئس ماصـنع، و مـا کـان یـدریه ما یقع فی قلبه باللیل و النهار، قل له: فلیف للمرأه بشـرطها، فَاِنَّ رسول الله (صـلی الله علیه وآله) قال: المؤمنون عند شروطهم.(۱)

مورد سؤال در این روایت کسـی است که «قرار داده است از برای خدا بر عهده ی خود که همسـرش را طلاق ندهد» و در این مورد ظاهراً مراد عهد و نذر است که هر دو از التزامات ابتدائی مستقل می باشند.(۲)

ولکن در مقام جواب گفته شده است: اطلاق شرط بر نذر و عهد روشن نیست.

بلکه ظاهر این است که عـدم طلاق و عـدم ازدواج مجـدد شـرط در عقـد بوده، ولکن شـرط ضـمنی عقـد معمولی نبوده، بلکه شرط ضـمن عقد تأکید شرط با عهد الهی بوده است.(۳) و اطلاق شـرط بخاطر ضمن العقد بودن است و نه بخاطر جنبه ی حق اللهی و عهـد اللهی داشـتن. اطلاق شـرط بخاطر این است که ضـمن العقـد به نفع زن ملتزم شـده است و نه به این خاطر که نام «الله» را برده و عهد کرده. و آنچه به ذهن می رسد اینکه منعی ندارد که شـرط ضمن العقد مؤکَّد به قسم و عهد الهی شود و یا یک قسم و عهد الهی شـرط ضـمن العقد قرار گیرد و بعدی ندارد که منظور از «شرطهای» به روایت تعهدی باشد که در مقابل زن انجام داده و بگوییم. شرط ضمن العقد منظور

۱- (۱) منبع پیشین، کتاب النکاح، ابواب المهور، باب ۲۰، ح ۴ – ج ۲۱، ص ۲۷۶.

۲- (۲) ر. ک: سید محمد تقی موسوی خوئی، الشروط، ج ۱، ص ۵۴، و سید عبدالاعلی موسوی سبزواری، مهذب الاحکام، ج ۱۷، ص ۲۳۷.

۳- (۳) سیدمحمد تقی موسوی خوئی، منبع پیشین، ص ۵۸.

است. کما اینکه بعید نیست اطلاق شده باشد شرط بر عهد الهی به این اعتبار که مطلبی را نسبت به زن ملتزم شده است.

ولکن حتی در صورتی که شرط راه شرط ضمن العقد بدانیم، باید توجه داشت که «ضمن العقد» بودن باز از قرینه استفاده می شود و اینکه بگوییم لفظ «شرط» ضمن عقد نکاح بودن را می رساند خالی از بعد نیست. و به نظر نمی رسد ضمن قرارداد دیگر بودن از حاق لفظ شرط استفاده شود.

۳ - روایت بریره

عن علی (علیه السلام) أنّه قال:

«ارادت عائشه ان تشتری بریره، فاشترط موالیها علیها وِلاها، فاشترتها منهم علی ذلک الشرط، فبلغ ذلک رسول الله (صلی الله علیه وآله)، فصعد المنبر فحمدالله و أثنی علیه، ثُمَّ قال: ما بال قوم یشترطون شروطاً لیست فی کتاب الله، یبیع احدهم الرقبه و یشترط الولاء، و الولاء لمن اعتق، و شرط الله آکَد، و کل شرط خالَف کتاب الله فهو ردّ» الخبر.(۱)

مرحوم شیخ انصاری «شرط» را در این روایت به معنای «الزام ابتدائی» دانسته اند و نه الزام و التزام فی البیع و غیره.(۲)

آنچه در تقریر استادما آیه الله حاج شیخ مهدی مروارید راجع به این حدیث آمده اینکه کنیز را فروختند و شرط کردند که «ولاء» کنیز با آنها باشد تا اگر کنیز آزاد شد و مرد، ارث او به بایع اولی برسد و نه به مشتری معتِق، حضرت پیامبر (صلی الله علیه وآله) فرمودند: این شرط باطل است و شرط الله آکَد و شدیدتر از شرط

۱- (۱) میرزا حسین نوری، مستدرک الوسائل، کتاب التجاره، ابواب الخیار، باب ۵، ح ۲ - ج ۱۴، ص ۳۰.
۲- (۲) مرتضی انصاری، کتاب المکاسب، ج ۶، ص ۱۱.

شماست و ارث او به مولای معتق می رسد».(۱)

و سپس می فرمودند: در این روایت منظور از «شرط الله» ما جعله الله و ما شَرَّعه الله می باشد.(۲)

و جناب استاد محقق داماد فرموده اند: «گاهی واژه ی شرط به معنای مطلق «عهد» آمده است؛ مانند «شرط الناس» که به معنای «عهد الناس» و یا «شرط الله» که به مفهوم «عهدالله» است و «عهدالله» نیز به معنای احکام الله اعم از احکام تکلیفی و وضعی است.»(۳)

روایت بریره در مصادر دیگر و به تعابیر متفاوت آمده است. در روایت حلبی فقط اشاره شده به قول رسول اکرم: (صلی الله علیه وآله) «الولاء لمن اعتق»، و عبارت «شرط الله» نیامده.(۴) و در مسند احمد حنبل چنین آمده: «شرط الله عزّوجّل احق و اوثق».(۵) و در سنن بیهقی چنین آمده: «قضاء الله احق، و شرطه اوثق، و انّما الولاء لمن اعتق».(۶) و در عبارت بیهقی شرط الله در ردیف قضاءالله آمده و همانطور که از روایت مختلف در قضیه ی بریره مشخص می شود اینکه پیامبر اکرم (صلی الله علیه وآله) شرط را در غیر معنای شرط ضمن العقد استعمال نموده اند.

۱- (۱) نوشته ی اینجانب از درس استادحاج شیخ مهدی مروارید، درس خارج فقه، تاریخ ۱۳۸۷/۷/۲۳.

۲- (۲) منبع پیشین.

۳- (۳) سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه (بخش مدنی ۲)، ص ۳۴.

۴- (۴) محمد بن الحسن الحر العاملی، وسائل الشیعه، باب ۵۲ من ابواب نکاح العبید و الاماء ح ۲ - ج ۲۱، ص ۱۶۲.

۵- (۵) مسند احمد بن حنبل، ج ۶، ص ۸۱.

۶- (۶) بیهقی، السنن الکبری، ج ۱۰، ص ۲۹۵.

بررسی روایت:

در اینجا بعضـی فرموده اند: مجاز در مشاکله است و شرط در معنای حقیقی خود به کار نرفته است.(۱) به این معنا که چون در بین خریدار و فروشـنده «شـرط» وجود داشـته و الزام و التزام وجود داشـته، از حکم الهی که مستلزم الزام، و التزام بندگان است تعبیر به «شـرط الله» شده است. پیامبر خواسـته اند تعبیر خود را هم شـکل تعبیر رایج بین متعاملین بیاورند و شاید مجاز به لحاظ تشبیه حکم الزامی الهی نافذ در عهد به حکم الزامی طرفین در عقد باشد.

آنچه که به ذهن می رسد اینکه: ولو استعمال مجازی باشد، اثبات نمی کند که معنای حقیقی الزام و التزام ضمن العقد باشد.

و شایـد منظور از شـرط همان عهـد و معاهده ی بندگی خدا است که نوعی معاهده ای است که در ضـمن عهد و عقد دیگری هم نیست و لزومی نداشـته باشـد که قائـل به مجـاز شویم. و اوصافی از قبیل «آکـد» و «اوثق» می توانـد مؤیـد اسـتعمال حقیقی باشد.

۴ - روایت محمد بن مسلم از امام باقر (علیه السلام)

محمد بن مسلم عن ابی جعفر (علیه السلام)، قال:

قضـی امیر المؤمنین فی امرأه تزوّجهـا رجـلٌ و شـرط علیها و علی اهلها إن تزوج علیها امرأه او هجرها، او اتی علیها سـریه، فانّها طالق، فقال: شرط الله قبل شرطکم.(۲) الحدیث.

در این حدیث مردی ازدواج کرده و شرط کرده اگر ازدواج مجدد کرد همسرش رها و طالق باشد (ظاهر این است که شرط به صورت شرط نتیجه است به این معنا

۱- (۱) ر - ک: سید محمد تقی موسوی خوئی، منبع پیشین، ص ۵۸-۵۷.

۲- (۲) محمد بن الحسن الحر العاملی، وسائل الشیعه، کتاب النکاح، ابواب المهور، باب ۲۰، ح ۶ - ج ۲۱، ص ۲۳۷.

که به محض ازدواج مجدد طلاق زوجه ی اول صورت بگیرد.) حضرت مولی الموحدین، یعسوب الدین، امیرالمؤمنین علی (علیه السلام) در این باره می فرمایند:

«شرط الله قبل شرطکم» و اگر مرد خواست به شرط خود وفا کند و اگر نخواست همسر خود را نگهدارد و ازدواج مجدد کند...» حضرت امیرالمؤمنین (علیه السلام) اطلاق کرده اند لفظ شرط را به شرطی که بین زن و مرد بوده. آیا این شرط در ضمن عقد نکاح و هنگام اجرای صیغه بوده یا قبل از آن و یا بعد از آن؟ در حدیث مشخص نیست. به هر حال شاید بتوان پذیرفت که مراد از «شرطکم» به قرائن موجود، شرط ضمن عقد نکاح باشد، ولکن اثبات نمی کند که شرط حقیقت در معنای شرط ضمنی باشد و تعهدات و الزام و التزام های جدای از عقد «شرط» مجاز باشد.

مباحث این حدیث شبیه مباحثی است که در حدیث بریره مطرح شد.

مراد از «شرط الله» چیست؟ مرحوم شیخ انصاری در این مورد نیز شرط را به معنای «الزام ابتدائی» دانسته اند، کما اینکه در روایت بریره نیز چنین معنا نموده بودند. و ظاهراً استعمال شرط را در «الزام ابتدایی» حقیقی دانسته اند و نه مجازی. ولکن این احتیاج به دقت بیشتر دارد که در تحدید معنای شرط خواهد آمد ان شاءالله.

در صدر روایت سؤال قابل توجه اینکه همانطور که گفته شد ممکن است «شرط» قبل یا بعد از نکاح بوده باشد و احتمال اینکه در حین انعقاد صیغه و یا در عقد نامه تصریح و تلفظ به این شرط شده باشد اقوی از دو احتمال قبل نیست؟ که حال با این مقدمه آیا چنین شرطی شرط ضمن عقد است؟ آیا در صورتی که بعد از عقد این شرط شده باشد باز ضمن عقد است؟ آیا اطلاق شرط بر چنین شرطی مجاز است؟

آنچه به ذهن می رسد اینکه شرط بعد از عقد را نمی توان شرط ضمن عقد (به اصطلاح فقهی) دانست و همچنین اینکه بگوییم اطلاق شرط بر او حقیقی نیست و مجازی است نیز بعید است. این مطلب در توضیح روایت ابن سنان روشن تر خواهد

شد، ان شاءالله.

۵ – روایت محمد بن قیس از امام باقر (علیه السلام)

محمد بن قیس، عن ابی جعفر (علیه السلام)، فی رجلٍ تزوّج امرأه و شرط لها ان هو تزوّج علیها امرأةً او هجرها او اتخذ علیها سریه فهی طالق، فقضی فی ذلک انَّ شرط الله قبل شرطکم، فان شاء وفی لها (بما اشترط) و ان شاء امسکها و اتخذ علیها و نکح علیها.(۱)

این حدیث مضمونی بسیار شبیه روایت قبلی دارد در روایت قبل عبارت «اِن شرط الله قبل شرطکم» به امیرالمؤمنین (علیه السلام) نسبت داده شده و در این روایت به خود حضرت امام باقر (علیه السلام).

نکته ای که قابل ذکر است اینکه این روایت و روایت قبل به خوبی می تواند دلیل بر نفوذ «شرط مبنایی» و حتی «شرط الحاقی» باشد زیرا عبارت «و شرط لها» مطلق است خواه این شرط قبل مطرح شده باشد و خواه بعد و خواه در ضمن عقد تلفظ به شرط شده باشد.

بلکه شاید بتوان گفت که عطف «شرط لها» بر «تزوّج» این احتمال را تقویت می کند که شرط بعد از ازدواج بوده.

نکته:

ممکن است این سؤال به ذهن بیاید که: قبلاً گفتید ظهور روایت در «شرط نتیجه» است و حال آنکه در این دو روایت در ادامه معصوم (علیه السلام) فرموده: «اگر خواست به شرط خود وفا کند» و این عبارت ظهور در این دارد که شرط بصورت «شرط فعل» بوده است.

و به عبارت دیگر ظهور «فهی طالق» و «فانها طالق» با ظهور «اِن شاء وفی لها» و

۱- (۱) همان، باب ۳۸، ح ۱، ص ۲۷۰-۲۶۹.

«اِن شاء وفی بشرطه» در تعارض است.

جواب اینکه: معصوم (علیه السلام) با توجه به روح شرطی که قبلًا شده و مراد جدّی و واقعی مشروط لها وفای شرط را به این مطلب تفسیر کرده اند که ازدواج مجدد نکند. و الاّ ـ ظاهر این است که شرط، شرط نتیجه است و نه شرط فعل. والله العالم بحقائق الامور.

۶ – روایت ابن سنان از امام صادق (علیه السلام)

عن ابن سنان، عن ابی عبدالله (علیه السلام)، فی رجلٍ قال لامرأته: ان نکحت علیك او تسرّیت فهی طالق، قال: لیس ذلک بشیءٍ، انَّ رسول الله (صلی الله علیه وآله) قال: من اشترط شرطاً سوی کتاب الله فلایجوز ذلک له و لا علیه.(۱)

این روایت ظهور در این دارد که پس از ازدواج شرط می کند با همسر خود که در صورت ازدواج مجدّد همسرش مطلقه باشد. و امام صادق (علیه السلام) به قول پیامبر (صلی الله علیه وآله) استناد کرده اند که: اگر کسی شرطی کند غیر از کتاب الله این شرط نافذ نیست.

پس اوّلاً: ظاهراً در این روایت بر قرار و مدارهای بعد از ازدواج که بین زن و شوهر صورت گرفته اطلاق «شرط» شده و غیر این خلاف ظاهر است و توجیه مطلب به این صورت که با زن خود قبل از ازدواج و یا حین خواندن صیغه ی عقد چنین شرطی را نموده، توجیهاتی تکلف آمیز و دور از ظاهر روایت است که لزومی ندارد.

و ثانیاً: امام صادق (علیه السلام) نیز روایت نبوی مربوط به نفوذ «شرط» را بر این مورد تطبیق نموده اند که مؤید بسیار محکمی است بر اینکه الزام و التزام های این چنینی مشمول اطلاق شرط می شود.

۱- (۱) همان، ح ۲، ص ۲۹۷.

و ثالثاً: پیامبر عظیم الشأن اسلام (صلی الله علیه وآله) به طور مطلق فرموده اند:

«من اشترط شرطاً سوی کتاب الله فلایجوز له و لاعلیه». و حمل چنین شرطی به شرط ضمنی عقد نکاح و همچنین اخذ معنای ضمنی بودن الزام و التزام در معنای حدیث نبوی که مربوط به شرط است خلاف ظاهر است؛ چه اینکه به حدیث در مقام تعلیل استدلال شده و استدلال از جزئی بر کُلّی ناخوشایند است نادرست این که اینطور معنا پسندیده تر است که: چون پیامبر فرموده اند شرط (به طور مطلق) در صورتی که مخالف کتاب الله باشد باطل است، پس شرط بعد از عقد هم در صورتی که مخالف کتاب الله باشد باطل است. و به طور کلی آنچه با استدلال صحیح سازگار است عام بودن علت است؛ «التعلیل یناسب التعمیم».

نکته ی اول:

در روایات دیگر نیز داریم که شرط مخالف با کتاب الله باطل و مردود است و در این روایت نیز این مطلب بیان شده که چنین شرطی نافذ نیست. حال سؤال این است که شرط مذکور در روایات سه گانه ی بیان شده از چه جهت در تعارض با کتاب الله است؟

ظاهراً از این جهت که در کتاب الله سوره ی طلاق آیه ی دوم چنین آمده است:

«فَإِذا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَ أَقِيمُوا الشَّهادَةَ لِلهِ»

و در مکتب اهل البیت) علیهم السلام (به استناد کتاب الله طلاق مشروط است به شهادت عدلین و طلاق از امور تشریفاتی است و چنین شرطی مخالف با تشریفات مورد نظر شارع مقدس است.(۱)

۱- (۱) ر. ک: وسائل الشیعه، کتاب الطلاق، ابواب مقدماته و شرائطه، باب ۱۰ - ج ۲۲، ص ۲۹-۲۵؛ و یوسف صانعی، کتاب الطلاق، ص ۱۶۸-۱۶۷؛

نکته ی دوم:

مرحوم امام خمینی (ره) در کتاب البیع در ذیل این روایت دو مطلب بیان کرده اند:

اول اینکه: به احتمال قوی مراد از شرط مذکور در روایت شرط ضمن العقد است.

دوّم اینکه: روایت را حمل بر تقیه کرده اند.(۱)

ولکن آنچه به نظر می رسد اینکه مطلب اول ایشان خلاف ظاهر و مطلب دوم تکلف فوق طاقت و بلاملزم و خلاف ظاهر است.

۷ - روایت زراره از امام باقر (علیه السلام)

عن عبید بن زراره عن ابیه زراره، قال: کان الناس بالبصره یتزوّجون سرّاً فیشترط علیها أن لا آتیک الاّ نهاراً و لا آتیک باللیل، ولا اقسم لک، قال زراره: و کنت أخاف ان یکون هذا تزویجاً فاسداً، فسألتُ ابا جعفر (علیه السلام) عن ذلک؟ فقال: لابأس به، یعنی التزویج، الاّ انّه ینبغی ان یکون هذا الشرط بعد النکاح، ولو أنّها قالت له بعد هذه الشروط قبل التزویج: نعم، ثمّ قالت بعد ما تزوّجها: انّی لا أرضی الّا أن تقسم لی و تبیت عندی، فلم یفعل کان آثماً.(۲)

در این روایت نقل شده از امام باقر (علیه السلام) که فرموده اند: «سزاوار است شرط بر عدم قسم بعد از نکاح باشد».

و این روایت صراحت دارد در اینکه، توافق می تواند متأخر از عقد و جدای از آن باشد و با این حالت اطلاق شرط بر چنین توافقی صحیح است. و امّا اینکه بگوییم استعمال شرط در این روایت مجازی است، بسیار بعید است و احتیاج به دلیل دارد.

۸ - دعای ندبه

۱- (۱) امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۹۲

۲- (۲) محمد بن الحسن الحر العاملی، وسائل الشیعه، باب ۳۹، ح ۲ - ج ۲۱، ص ۲۹۸.

اللهم لک الحمـد علی ما جری به قضائک فی اولیائک الذین استخلصـتهم لنفسک و دینک اذ اخترت لهم جزیل ما عندک من النعیم المقیم الـذی لاـزوال له و لاـ اضـمحلال بعـد ان شـرطت علیهم الزهـد فی درجات هـذه الـدنیا الـدنیه و زخرفها و زبرجها فشرطوا لک ذلک و علمت منهم الوفاء فقبلتهم و قرّبتهم...(۱)

این فقره از دعای نورانی ندبه اشاره دارد به عهد و پیمانی که بین خداوند و اولیاء او بسته شده به این گونه که خداوند در قبال نعمت پایـدار از آنان زهـد در دنیا را خواسـته است و آنان نیز پذیرفته اند، و اینجا در بیان این معاهده از تعبیر «شـرط» اسـتفاده شده و شرط استعمال شده از یک معاهده ی اصلی و نه معاهده ی ضمنی و تبعی.

البته مرحوم محقق اصفهانی ظاهراً در صدد توجیه ضمنی بودن این پیمان الهی بر آمده اند که صحیح به نظر نرسید.

۹ – دعای توبه

واوجب لی محبتک کما شرطت، ولک یا رب شرطی ان لا أعود.(۲)

در این عبارت نیز ظاهراً حضرت سجاد اشاره به معاهده بین خداوند و بندگان دارند که محبت الهی مشروط شده در قبال عدم برگشت [به گناه]. و اینجا هم شرط در معاهده ی غیر ضمنی بکار رفته.

البته برخی اعلام سعی در توجیه مطلب و ضمنی کردن این معاهده و التزام دارند.(۳) و مرحوم امام خمینی هم فرموده: محبت در قبال توبه است و عدم عود شرط

۱- (۱) محمد باقر مجلسی، بحار الانوار، ۱۰۴:۱۰۲، ح ۲.

۲- (۲) صحیفه کامله ی سجادیه (ترجمه ی فیض الاسلام). ص ۲۰۹–۲۰۸ – الدعاء الحادی و الثلثون، فی ذکر التوبه.

۳- (۳) محمد حسین غروی اصفهانی، حاشیه کتاب المکاسب، ج ۵، ص ۱۰۶.

ضمنی است.(۱)

۱۰ – روایات خیار از امام صادق (علیه السلام)

۱

– روی الحلبی عن ابی عبدالله (علیه السلام)، قال: فی الحیوان کلّه شرط ثلاثه ایام للمشتری، و هو بالخیار فیها ان شرط او لم یشترط.(۲)

۲ – عن فضیل، عن ابی عبدالله (علیه السلام) قال: قلت له: ما الشرط فی الحیوان؟ قال: ثلاثه ایام للمشتری... الحدیث.(۳)

۳ – عن علی بن رئاب، عن ابی عبدالله (علیه السلام) قال: الشرط فی الحیوان ثلاثه ایام للمشتری اشترط ام لم یشترط... الحدیث.(۴)

در این احادیث بر «خیار حیوان» اطلاق شرط شده است، مرحوم شیخ انصاری این موارد در نیز از مواردی می دانند که شرط به معنای «الزام ابتدائی» است.(۵) اینجا باز این بحث مطرح است که در این روایت و روایت بریره که چنین آمده بود که: «شرط الله آکَد» و روایت محمد بن مسلم و محمد بن قیس که آمده بود: «شرط الله قبل شرطکم» منظور از شرط چیست؟ آیا مراد حکم الهی و الزام ابتدایی از جانب حضرت حق (جلّ و علا) می باشد؟ و یا اینکه فرق بگذاریم بین دو روایت قبل که عبارت «شرط الله» در آن به کار رفته با این روایت و در آندو مراد از شرط الله را «عهد الله» و پیمان بندگی خداوند بدانیم و مراد را در اینجا «حکم الله» و یا «شرط

۱- (۱) امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۹۰، (بحث معاطات).
۲- (۲) محمد بن الحسن الحر العاملی، وسائل الشیعه، ابواب الخیار، باب ۳ – ح ۱ و ۴ – ج ۱۸، ص ۱۰،
۳- (۳) منبع پیشین، ص ۱۱، ح ۵.
۴- (۴) منبع پیشین، ص ۱۳، باب ۴، ح ۱.
۵- (۵) مرتضی انصاری، منبع پیشین، ص ۱۲.

من الله فی کل بیع حیوان» بدانیم؟ و یا در هر سه مورد مراد را «شرط من الله» بدانیم؟ احتمالاتی هست.

و سؤال بعدی اینکه آیا در هر کدام از این احتمالات شرط در معنای حقیقی خود بکار رفته یا مجاز و عنایت وجود دارد؟

اختیار رأی در این موارد بستگی به مشخص شدن دقیق معنای شرط و ذوق سلیم در معنای کردن روایات دارد که ان شاءالله بر مباحث آینده در هر چه روشن تر شدن مطلب تلاش خواهد شد، کما اینکه برخی مباحث در بررسی ای قبلی روشن شد.

جناب حجه الاسلام و المسلمین فقید سعید، سید محمد تقی خوئی در کتاب الشروط اطلاق شرط بر خیار حیوان را اطلاق حقیقی می دانند به این بیان که خیار حیوان نوعی شرط ضمن العقد است که خداوند آن را نهاده است و اینکه شرط کننده غیر از متعاقدین باشند در صدق معنای شرط تأثیری ندارد.(۱)

ولکن آنچه اقرب به ذهن می رسد اینکه در شرط و اشتراط هایی که ضمن معاملات انجام می شود اختیار متعاقدین و جنبه ی قراردادی داشتن اخذ شده و الزام چنین شروطی متخذ از اراده ی طرفین است، و اطلاق شرط بر خیار ناشی از حکم الهی و قانونی خالی از مسامحه و مجاز نیست و اینکه خیار توسط شارع جعل شده مؤثر در صدق کلمه ی شرط است؛ لذا اقرب این است که شرط در این مورد مجازاً اطلاق بر خیار حیوان شده؛ و این شاید به علاقه ی مشابهتی است که بین «شرط

۱- (۱) «و امّا اطلاقه علی خیار الحیوان، فانظاهرأنه اطلاق حقیقی لا عنایه فیه، فان جواز الفسخ فی الثلاثه ایام شرط فی ضمن بیع الحیوان، فهو من ربط المنشأ بذلک الالتزام، غایه الامر ان الربط و الاشتراط کان بفعل الشارع دون المتعاقدین لکنّه لایؤثر علی صدق مفهوم الشرط علیه، شیئاً». سید محمد تقی موسوی خوئی، منبع پیشین، ص ۵۹.

خیار» و «حکم به خیار» وجود دارد که هر دو منشأ خیار ذی الخیار می باشند و یا به این مشابهت که هر دو الزام آورند.

خلاصه اینکه حتی بر مبنای کسانی که شرط را الزام و التزام در بیع و مانند آن می دانند اطلاق حقیقی شرط انصراف دارد به مواردی که خود متعاقدین شرطی را قرار دهند و نه جایی که قانون اراده ی متعاقدین را تحت تأثیر قرار دهد.(۱)

هر چند بنابر نظر کسانی هر که «شرط» را شامل الزام و التزام های ابتدایی نیز می دانند ممکن است مطلب از همین قرار باشد و اطلاق حقیقی «شرط» را بر «حکم» نپذیرند.

۱۱ - روایات متعه

۱

-عن زراره عن ابی جعفر (علیه السلام) قال: قلت له: الرجل یتزوج المتعه و ینقضی شرطها ثمّ یتزوّجها رجلٌ آخر حتی بانت منه ثم یتزوجها الاول حتی بانت منه ثلاثاً و تزوّجت ثلاثه ازواج، یحل للاول أن یتزوجها؟ قال: نعم، کم شاء لیس هذه مثل الحره، هذه مستأجره و هی بمنزله الاماء.(۲)

بحث در زنی است که ازدواج موقت کرده و «ینقضی شرطها» یعین مدت ازدواج موقت او تمام شده، در اینجا بر «مدت» اطلاق «شرط» شده. و ظاهراً اینجا «مدت» نوعی شرط در ضمن عقد نکاح است.

جناب سید محمد تقی خوئی هم در این مورد اطلاق «شرط» بر مدت را حقیقی

۱- (۱) و شاید عبارت مرحوم غروی اصفهانی نیز به همین مطلب اشاره داشته باشد در جایی که فرموده اند: «لکن الضمنیه المدعاه هنا کون الالتزام الوضعی فی ضمن البیع، و حق الخیار لیس من مقوله الالزام و الالتزام الوضعی...». ر - ک: محمد حسین غروی اصفهانی، حاشیه کتاب المکاسب، ج ۵، ص ۱۰۵.

۲- (۲) محمد بن الحسن الحر العاملی، وسائل الشیعه، باب ۲۶ از ابواب المتعه، ج ۱ - ج ۲۱، ص ۶۰

می دانند. ولکن باز تذکر داده شود که حقیقی بودن اطلاق شرط در این مورد بر التزامات قراردادی ضمن عقد دلیل نمی شود که ما اطلاق حقیقی شرط را در مورد دیگر نپذیریم. صحت اطلاق حقیقی بر یک مورد دلیل بر انحصار معنای حقیقی در آن مورد نیست.(۱)

۲ - عن ابان بن تغلب قال: قلت لأبی عبدالله (علیه السلام): الرجل یتزوج المرأه متعه فیتزوّجُها علی شهر ثمّ أنّها تقع فی قلبه فیحب أن یکون شرطه اکثر من شهر، فهل یجوز أن یزیدها فی أجرها و یزداد فی الآیام قبل أن تنقضی أیامه الّتی شرط علیها؟ فقال: لایجوز شرطان فی شرط، قلت کیف یصنع؟ قال؟ یتصدق علیها بما بقی من الایام ثُمَّ یستأنف شرطاً جدیداً.

بحث این روایت در این مورد است که عقد موقت نمی توان بدون تجدید عقد و انعقاد عقد جدید بر مدت افزود (لایجوز شرطان فی شرطٍ) و باید پس از بخشیدن بقیه ی مدت عقد قبل، «شرط جدید» را از سر بگیرند. در این روایت چهار بار واژه ی شرط یا مشتقات آن بکار رفته:

۱ - «التی شرط علیها» که مراد مدتی است که به صورت شرط ضمن العقد توافق شده؛

۲ - «شرطان» که مراد «دو مدت» است و اینجا هم در توافق ضمنی استعمال شده؛

۳ - «شرط» ظاهراً مراد اصل عقد است؛

۴ - «شرط جدید» اجمال دارد هم می توانیم آن را عقد جدید معنا کنیم و هم می توانیم به معنای مدت جدید بدانیم.

۱- (۱) «امّا اطلاقه علی الاجل فی النکاح المنقطع، فهو اطلاق حقیقی». سید محمد تقی موسوی خوئی، منبع پیشین، ۵۹.

همانطور که بیان شـده ظاهر از کلمه ی «شـرط» در «لایجوز شـرطان فی شـرطٍ» عقـد نکاح است، پس شـرط اسـتعمال شـد در معنای عقد و نه التزام ضمن عقد.

حـال آیـا اطلاـق شـرط بر عقـد، اطلاـق مجـازی است یا حقیقی؟ در جواب بایـد گفته شود که ما با دو نوع از عقود مواجهیم، عقود معنون و معروف و عقود غیر معنون و اختراعی.

آنچه به ذهن می رسد اینکه گرچه اطلاق «شـرط» بر «عقود معین» غرابت دارد، ولکن این دلیل بر مجازی بودن نمی شود، کما اینکه ممکن است اطلاق «حیوانٌ ناطقٌ» بر «زید» نزد عرف غریب باشد ولکن اطلاق است حقیقی.

۱۲ - روایت عمار از ابوعبدالله (علیه السلام)

عن ابی عبـدالله (علیه السـلام) قال: بعث رسول الله (صـلی الله علیه وآله) رجلًا من اصـحابه والیاً فقال له: انّی بعثتک الی اهل الله یعنی اهل مکه فانهاهم عن بیع مالم یقبض و عن شرطین فی بیع و عن ربح مالم یضمن.(۱)

مرحوم صاحب حدائق پس از آوردن این روایت می فرمایند:

«و یطلق الشرط علی البیع کثیراً».(۲) یعنی در موارد زیـادی به عنوان «شـرط» بر «بیع» اطلاق می شود. و روایت دیگری نقل می کنند از سلیمان بن صالح، به این وجه: «سلیمان بن صالح عن ابی عبدالله (علیه السلام) قال:

نهی رسول الله (صـلی الله علیه وآله) عن سلفٍ و بیع، و عن بیعین فی بیع، و عن بیعٍ ما لیس عندک، و عن ربح مالم یضمن».(۳) در

ص:۹۲

۱- (۱) شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۲۳۰ ۲۳۱؛ محمد بن الحسن الحر العاملی، وسائل الشیعه، ابواب احکام العقود، باب ۲، ح ۲ - ج ۱۸، ص ۳۷.

۲- (۲) یوسف بحرانی، الحدائق الناضره، ج ۲۰، ص ۷۳.

۳- (۳) شیخ طوسی، تهـذیب الاحکام، منبع پیشـین؛ ر. ک: محمـد بن الحسن الحر العاملی، وسائل الشـیعه، باب دوم از ابواب احکام العقود.

روایت اول نهی پیامبر به «شرطین فی بیع» تعلق گرفته و در روایت دوّم به «بیعین فی بیعٍ» تعلق گرفته و ظاهراً مرحوم صاحب حدائق با نظر به این دو روایت نظر داده اند که اطلاق شرط بر بیع می شود.

و حضرت امام خمینی مورد روایات را جایی دانسته اند که یک کالا به دو قیمت فروخته می شود که در صورت نقد به فلان قیمت و در صورت نسیه به قیمتی زیادتر.(۱)

ظاهراً در این روایت شرط به معنای مشروط (ثمن) است و به قرینه ی «فی البیع» التزام ضمنی است. ولکن همانطور که گفته شد استعمال دلیل بر انحصار نیست و وجود قرینه هم دلالت می کند که شرط می تواند معنایی فراتر از التزامات ضمن العقود داشته باشد.

۱۳ – روایات باب نهم ابواب السلف

در روایت اول، دوّم، چهارم و هشتم این باب با مضمونی شبیه به هم از لفظ شرط استفاده شده که ما روایت اوّل باب را می آوریم.

عن الحلبی قال سُئِلَ ابو عبدالله (علیه السلام) عن الرجل یسلم فی وصف اسنان معلومه و لون معلوم، ثُمَّ یعطی دون شرطه أو فوقه؟ فقال: اذا کان عن طیبه نفسٍ منک و منه فلا بأس.(۲)

آنچه به نظر می رسد اینکه واژه ی شرط در اینجا به معنای «مشروط» است و از قبیل استعمال مصدر در معنای مشتق است. ولکن به هر حال مراد همان شرط ضمن عقد سلف است. ولکن ضمنی بودن از قرینه استفاده بود و استعمال دلیل بر انحصار معنا نیست، کما اینکه قبلاً هم تذکر داده شد.

۱- (۱) امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۹۱-۹۰.

۲- (۲) محمد بن الحسن الحر العاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۲۹۹، باب ۹ از ابواب السلف، ح ۱.

۱۴ – روایت محمد بن قیس از ابی جعفر (علیه السلام)

محمد بن قیس، عن ابی جعفر (علیه السلام) قال: قال امیرالمؤمنین (علیه السلام): من اشتری طعاماً او علفاً الی اجلٍ فلم یجد صاحبه و لیس شرطه الاّ الورق، و ان قال: خذ منّی بسعر الیوم ورقاً فلا یأخذ الاّ شرطه طعامه او علفه، فان لم یجد شرطه و اخذ ورقاً قبل ان یأخذ شرطه فلا یأخذ الاّ رأس ماله لا تظلمون و لا تُظلمون.(۱)

در این روایت نیز چهار بار لفظ «شرط» بکار رفته آنچه که به نظر می رسد اینکه شرط اول به معنای مشتق (مشروط) می باشد و شرط دوّم به معنای مصدر (شرط کردن) است گر چه ممکن است شرط دوم را به معنای عوض از ثمن و یا مثمن بگیریم. و شرط دوم و چهارم به معنای مثمن می باشد.

و روایت اینطور معنا می شود که اگر جنس سلف خری شده پیدا نشد و مشتری اصرار دارد که همان جنس را تحویل بگیرد ولی به ناچار مجبور می شود که پول در ازای آن بگیرد، به همان مقداری که پول داده پس بگیرد.

البته این روایت ظاهرش با بعضی روایات دیگر همین باب ناسازگار است مثل روایت پنجم همین باب و روایت هشتم این باب، روایت پنجم چنین است:

«عن بعض اصحابنا، عن ابی عبدالله (علیه السلام) فی الرجل یسلم الدراهم فی الطعام الی اجلٍ فیحلّ الطعام فیقول: لیس عندی طعام ولکن انظر ما قیمته فخذ منّی ثمنه، فقال: لا بأس بذلک».(۲)

از این روایت استفاده می شود که می تواند قیمت کنونی مبیع را بگیرد خواه زیادتر باشد از پولی که داده یا کمتر.

مرحوم شیخ حرّ عاملی بین روایات به اینگونه جمع کرده که روایت پانزدهم را

۱- (۱) منبع پیشین، ص ۳۰۹، باب ۱۱ از ابواب السلف، ح ۱.

۲- (۲) محمد بن الحسن الحر العاملی، وسائل الشیعه، منبع پیشین، ص ۳۰۵، ح ۵.

حمل بر استحباب و حمل بر جایی نموده که معامله فسخ می شود.۱

و شاید بتوان حمل کرد روایت پنجم را بر تراضی و حدیث یازدهم همین باب را شاهد بر جمع گرفت.

به هر حال ظاهراً در این روایات اطلاق شرط شده بر ثمن و مثمن که اینها هم به نوعی التزامات در ضمن بیع سلف هستند. ولکن همانطور که قبلاً هم گفته شده استعمال دلیل بر انحصار نیست.

۱۵ - روایت اجاره

کتب محمد بن الحسن الی ابی محمّد (علیه السلام): رجل استأجر اجیراً یعمل له بناء او غیره و جعل یعطیه طعاماً و قطناً و غیر ذلک، ثمّ تغیر الطعام او القطن من سعره الذی کان اعطاه الی نقصانٍ او زیادهٍ، ایحتسب له بسعر یوم اعطاه، او بسعر یوم حاسبه؟ فوقّع (علیه السلام): یحتسب له بسعر یوم شارطه فیه ان شاءالله. الحدیث.۲

ظاهراً حدیث این طور معنا می شود که شخصی قرارداد اجاره با شخص دیگری بسته و او را به کار گرفته و در بین طعام و اموالی - بدون قصد مجانیت - به او داده و این طعام و اموال دچار نوسان قیمت شده و از امام (علیه السلام) سؤال می کند که آیا قیمت کدام روز را ملاک محاسبه قرار دهیم؟ قیمت روزی که به اجیر عطا کرده یا قیمت روز محاسبه؟ و حضرت امام (علیه السلام) در جواب مرقوم فرموده اند: قیمت روز مشارطه را ملاک قرار دهند. که ظاهراً منظور همان روزی است که قرارداد اجاره بسته اند. پس مشارطه به معنای قرارداد اجاره در لسان روایت آمده است و ممکن است بگوییم که هنگامی که طعام و قطن را داده با اجیر شرط می کرده

که این به عنوان اجرت باشد و منظور همان قرار و مدار است.

و به هر حال اگر احتمال اول را گرفتیم شرط استعمال شده در اصل قرارداد و اگر احتمال دوم را گرفتیم محتمل است که شرط استعمال شده باشد در «شرط الحاقی».

آنچه از جناب سید محمد تقی خوئی ظاهر می شود اینکه مشارطه را به معنای اصل عقد اجاره ندانسته بلکه مشارطه را به معنای تعیین اجرت دانسته به نوعی درصدد توجیه ضمنی بودن معنای شرط برآمده اند.(۱)

به هر حال حتی در صورتی که اینجا شرط را شرط ضمنی معنا کنیم با توجه به وجود قرینه (فیه) و با توجه به مطلبی که بیان شد مبنی بر اینکه استعمال دلیل بر انحصار نیست جواب داده می شود.

۱۶ - روایت محمد بن مسلم از ابوجعفر (علیه السلام)

محمدبن مسلم: سألت اباجعفر (علیه السلام)، عن رجلٍ کانت له امٌ مملوکه فلمّا حضرته الوفاه انطلق رجلٌ من اصحابنا فاشتری امَّهُ و اشترط علیها انّی اشتریکِ و اعتقکِ فاذا ماتَ ابنکِ فلان بن فلان فورثتیه اعطیتنی نصف ما ترثینه علی ان تعطینی بذلک عهد الله و عهد رسوله. فرضیت بذلک و اعطَتهُ عهدُ الله و عهد رسوله لِتَفِینَّهُ بذلک فاشتراه الرجل و اعتقه علی ذلک و مات ابنها بعد ذلک فورثَته و لم یکن له وارث غیرها. فقال ابوجعفر (علیه السلام): لقد احسنَ الیها و اجِرَ فیها انَّ هذا لفقیه و المسلمون عند شروطهم و علیها ان تَفِی له بما عاهَدتِ الله و رسولَه علیه.(۲)

۱- (۱) «و امّا اطلاقه فی باب الاجاره، فهو من جهه انّ الاتفاق علی السعر و القیمه و الالتزام بهما لما کان فی ضمن عقد الاجاره صح اطلاق الشرط علیه». سید محمد تقی موسوی خوئی، منبع پیشین، ص ۶۰.

۲- (۲) محمد بن الحسن الحر العاملی، وسائل الشیعه، باب ۲۱ از ابواب موانع ارث، ح ۱ - ج ۲۶، ص ۵۵

توضیح حدیث اینکه «رقّیت» و «بردگی» یکی از موانع ارث است و شخصی از موالی امام باقر (علیه السلام) با زنی قرار می گذارد که این مانع را از او برطرف کند به شرطی که نصف ارثی که زن می برد را به او بدهد. امام (علیه السلام) این کار او را نوعی احسان و قرار او را با زن نافذ می دانند.

و به تعبیر استادما آیه الله حاج شیخ مهدی مروارید «این شرط، شرط ضمن عقد بیع نیست و بین بایع و مشتری نیست، بلکه بین مثمن و مشتری است».(۱)

نکته ی قابل توجه اینکه، این شرط بین کنیز و مرد آزاد کننده شرط ضمن عقد نیست ولی با این حال به نقل روایت، «المسلمون عند شروطهم» بر چنین قراری که بین این دو بوده تطبیق شده است. از تقریر استادما حاج شیخ مهدی مروارید چنین آمده است:

«اگر زن به شرط عمل نکرد و نصف ارث را به مرد نداد، این شخص حق فسخ بیع زن را ندارد چون این شرط بین بایع و مشتری نبوده».(۲)

۱۷ - روایت بیعت عمرو عاص

از بیانات حضرت امیر المؤمنین (علیه السلام) در نهج البلاغه در خطبه ی ۲۶ چنین است:

«و لم یبایع حتی شَرَطَ ان یؤتیه علی البیعه ثمناً، فلا ظَفِرَت یدُ البائع، و خَزِیت امانَهُ المبتاع».(۳)

و در خطبه ی ۸۴ فرموده اند:

«اِنَّهُ لَم یبایع معاویه حتّی شَرَطَ ان یؤتیهُ أتیهً، و یرضَخَ له علی ترک الدین و

۱- (۱) تقریرات درس خارج فقه، استاد مهدی مروارید، ۱۳۸۷/۷/۲۸.

۲- (۲) منبع پیشین، ۱۳۸۷/۷/۲۹.

۳- (۳) نهج البلاغه، خطبه ی ۲۶.

رضیخَهً».(۱)

شیخ محمد عبده در شرح خود می نویسد: «ضمیر «یبایع» به عمروبن العاص برمی گردد زیرا او با معاویه شرط کرد که ولایت مصر را به او بدهد، اگر معاویه به خواسته اش رسید»(۲)

مرحوم فیض الاسلام در این زمینه می نویسد: «پس از فراغت از جنگ جمل حضرت به کوفه تشریف آورد و در آنجا به معاویه نامه ای نوشت و در آن از او بیعت خواست و آنرا بوسیله ی «جریربن عبدالله جَبَلی» فرستاد، چون جریر وارد شام شد نامه را به معاویه داد، پس از آنکه معاویه نامه را خواند در اندیشه فرو رفت و جریر را برای گرفتن پاسخ معطّل نگاه داشت و گروهی از مردم شام را طلبید و راجع به خونخواهی عثمان با آنها سخن گفت، ایشان با رأی او موافقت نموده برای نصرت و یاریش خود را آماده نشان دادند، بعد از آن با برادرش «عتبه بن ابی سفیان» در این باب مشورت کرد، عتبه گفت: عمرو ابن عاص را در این کار به کمک بطلب؛ زیرا تو به فتنه انگیزی و رأی و تدبیر او آگاهی، پس نامه ای به عمرو بن عاص نوشت و در آن به کمالات او را بستود و به نصرت و یاری خویش و خونخواهی عثمان دعوتش نمود، عمرو در پاسخ او نوشت: «نامه ی ترا خوانده مقصودت را فهمیدم، بدانکه من حاضر نیستم از دین اسلام خارج شده به ضلالت و گمراهی و متابعت تو رو آورم و بروی علی بن ابی طالب با آنهمه فضائل و منزلت و شجاعت شمشیر کشم، ای معاویه تو بمردن عثمان از حکومت شام معزول گشتی و بوسیله ی خونخواهی از او می خواهی خلافت را برای خود بدست آوری و با این حیله مانند منی را نمی توان فریب داد که در راه تو از دین گذشته جانبازی نمایم». معاویه چون نامه ی او را خواند

۱- (۱) نهج البلاغه، خطبه ی ۸۶.

۲- (۲) محمد عبده، شرح نهج البلاغه، ص ۱۲۱.

دانست که بدون رشوه نمی توان راضیش نمود».(۱)

و امّا آنچه از شرح نهج البلاغه ی ابن ابی الحدید بدست می آید اینکه عمرو عاص به معاویه گفت: اگر تو را پیروی کنم در جنگ با علی چه به من می دهی و حال آنکه می دانی جنگ با او خطر و غَرَر دارد؟

معاویه گفت: هر چه تو حکم کنی، عمرو گفت: مصر طعمه ی خوبی است. پس معاویه واماند. سپس به توصیه و نظر عتبه بن ابی سفیان تن در داد و مصر را در ازای پیروی به عمرو عاص داد. و خداوند را شاهد بر این معامله گرفتند!! و در معاهده ای که نوشته می شد، معاویه به کاتب گفت: «بنویس بنابر اینکه شرط طاعت را نقض نکند» و مقتضای مشارطه ی مذکور این بود که اطاعت معاویه به طور مطلق واجب باشد. «عمرو» متوجه مطلب شد و گفت: «بنویس بنابر اینکه اطاعت «شرط» را نقض نکند».(۲)

آنچه از کلام امیر المؤمنین علی بن ابی طالب (علیه السلام) قابل استفاده است اینکه بیعت در مقابل ثمن بود.

و به این ترتیب شرط به معنای عهد بستن بر یک معامله ی مستقل بکار رفته و نه به معنای عهد بر یک مطلب ضمنی و الزام و التزام ضمن معاهده ی دیگر و ابن ابی الحدید هم درباره ی پیمان بین معاویه و عمروعاص از لفظ «مشارطه» استفاده می کند که خود شاهدی دیگر بر استعمال شرط در معاهده ی مستقل است و در کلام خود عمرو عاص (علی ان لا تنقض طاعه شرطاً) شرط به معنای همان پیمانی است که بین آندو بوده است، و از بعضی عبارات مطرح که شرح ابن ابی الحدید استفاده می شود که مملکت مصر در مقابل پیروی در جنگ با علی معاوضه و مصالحه شده است.

ص:۹۹

۱- (۱) سید علی نقی فیض الاسلام، شرح نهج البلاغه، ص ۹۴-۹۳.

۲- (۲) ابن ابی الحدید، شرح نهج البلاغه، ص ۶۵ ۶۸.

شواهد یاد شده دلالت بر این دارد که معاهده ی عمرو عاص و معاویه معاهده ای مستقل و مکتوب بوده و نه معاهده ی ضمن بیعت، بلکه بنابر آنچه در شرح ابن ابی الحدید آمده اصلاً بحث بیعت مطرح نشده بلکه بحث یاری و همراهی در مقابل مملکت مصر مطرح است.

۱۸ - خطبه ی قاصعه

ولقد دخل موسی بن عمران و معه اخوه هارون - علیهما السلام - علی فرعَون، و علیهما مَدَارِعُ الصوف، و بِأیدیهما العِصِی، فَشَرَطا له - ان أسلَمَ - بقاءَ مُلکه، و دوام عِزّه؛ فقال: الا تعجبون من هذین یشرطان لی دوام العِزّ، و بقاء الملک، و هما بما تَرَونَ مِن حالِ الفَقر و الذُّل...(۱)

در اینجا هم شرط استعمال شده در معنای معاهده و الزام و التزام غیر ضمنی و بقاء ملک و دوام عزت فرعون در مقابل اسلام آوردن او در و موضوعی هستند که در این معاهده مطرح است و برگرداندن شرط به شرط ضمنی عقد دیگر لازم نیست، بلکه خلاف ظاهر است.

۱۹ - وصیت امیرالمؤمنین (علیه السلام)

ویشترط علی الذی یجعَلُهُ الیه ان یترکَ المالَ علی اصُوله، و ینفق من ثَمَره حیث امِرَ به وَهُدِی لَه.(۲)

اینجا هم ظاهراً أمیرالمؤمنین (علیه السلام) این چنین وصیت می کنند که وصی ایشان درختان را نگهدارد و در ثمره ی آن انفاق کند.

و ظاهراً «یشترط» در مقام وصیت و شرط به جهت وصیت به کار رفته و وصیتی که شخصِ وصی حاضر است و توانای بر ردّ است و با این حال ردّ نمی کند از قبیل

۱- (۱) نهج البلاغه، خطبه ی ۱۹۲.

۲- (۲) نهج البلاغه، نامه ی ۲۴.

پیمان و عقد باید به حساب آورد و واژه ی شرط استعمال شده در الزام و التزام مستقل و نه در الزام و التزام در ضمن عقد و پیمان دیگر. و یشترط دارای معنای خود می باشد و لزومی ندارد آنرا کنایه از «یوصی» بگیریم. «یشترط» در معنای حقیقی خود ولکن در مقام «وصیت» به کار رفته است.

۲۰ – کلام امیرالمؤمنین (علیه السلام)

اِن عَرَضَت لَهُ شَهوَهٌ اسلَف المعصیه، و سَوَّفَ التوبه، و ان عَرَتْهُ مِحنَهٌ انفَرَج عَن شرائِطِ الملّه.(۱)

در این حدیث شرائط جمع شرط به معنای «مشروط» و «مشترط» و «لوازم» است، به این معنا که بین خداوند و ملّت شروط و عهودی وجود دارد که در پی آمد آن مطالبی بر ملت شرط می شود و «شرائط المله» یعنی «مشروطات علی المله» و معنای روایت این است که: اگر محنتی بر او وارد شود از آنچه خداوند بر ملت شرط کرده و لازم کرده روی گردان می شود. یا اینطور معنا کنیم که: از آنچه ملت با خداوند شرط کرده اند و به آن ملتزم شده اند شانه خالی می کند.

و اینجا شرائط اشاره به شروط استقلالی دارد و نه شروط ضمنی.

۲۱ – حدیث سلسله الذهب

الله (جلّ جلاله) یقول: «لا اله الّا الله حصنی فمن دخل حصنی امِنَ من عذابی».

فقال مولانا ابوالحسن الرضا (علیه السلام): «بشروطها و أنا من شروطها»(۲).

در اینجا شرط به معنای «مشروط» و «مشترط» و «لازمه» می باشد. مانند استعمال خلق در مخلوق.

کَأنّه عهدی بین خداوند و بندگان هست که اعتقاد به توحید موجب ایمنی از

۱– (۱) نهج البلاغه، کلمات قصار، کلمه ی ۱۵۰.

۲– (۲) شیخ صدوق، توحید، ص ۲۵.

عذاب است ولکن این عهد مطلق نیست بلکه مشروط به شروط و مقید به قیودی است و از جمله امور مهمی که شرط شده در این معاهده اعتقاد به ولایت اهل البیت (علیهم السلام) است.

در این روایت شرط اشاره به شرط ضمنی دارد. می توان گفت معنای شرط اعم است و اینجا به قرینه ی ما قبل، شرط را به معنای شرط ضمنی می گیریم. همچنین اضافه ی شروط به «ها» قرینه ی دیگری در ضمنی بودن شرط است.

۲۲ - روایت شرطه الخمیس

عن ابراهیم بن ابی البلاد، عن رجلٍ عن الاصبغ قال: قلت له: کیف سمیتم شرطه الخمیس یا أصبغ؟ فقال: إنّا ضمنّا له الذّبح و ضمن لنا الفتح.(۱)

در این روایت جناب اصبغ اشاره به یک ضمانت دو طرفه و نوعی توافق و معاهده ی اعضای «شرطه الخمیس» با امیرالمؤمنین (علیه السلام) یا با خداوند تعالی، دارد. و ضمیر «له» به امیرالمؤمنین (علیه السلام) و یا به حضرت حق تعالی (جلّ و علا) بر می گردد. و شاید تصور شود(۲) که بخاطر همین «معاهده» نام آنها «شُرطه» گذاشته شده است. ولکن آنچه به نظر می رسد اینکه این تصور توهمی بیش نیست و حتی نمی توانیم به جناب اصبغ نسبت بدهیم که در مقام بیان وجه تسمیه ی «شرطه الخمیس» بوده اند. بلکه ظاهراً ایشان دلیل برگزیده شدن در آن گردان را بیان کرده اند، و آنچه شُرطه از «شَرط» به معنای الزام والتزام گرفته نشده بلکه وجه تسمیه ی دیگری برای آن بیان کرده اند.(۳)

مرحوم مولی صالح مازندرانی در شرح اصول کافی درباره ی «شرطه الخمیس»

۱- (۱) محمد باقر مجلسی، بحارالانوار، ج ۴۲، ص ۱۸۱.

۲- (۲) ر. ک: امام خمینی، کتاب البیع، ص ۸۶.

۳- (۳) ر. ک: همان.

چنین آورده: الخمیس لشکر است و به این نام نامیده شده زیرا که لشکر به پنج دسته تقسیم می شود، ۱ - مقدمه؛ ۲ - ساقه؛ ۳ - میمنه؛ ۴ - میسره؛ ۵ - قلب. و گفته شده (در وجه تسمیه) بخاطر این است که در لشکر غنیمت را به پنج قسمت تقسیم می کنند. و «الشرطه» اولین گروهی هستند که در جنگ حاضر می شوند و برگزیدگان لشکر سلطان و انتخاب شدگان اصحاب او هستند که مقدم می دارد آنها را بر غیرشان».(۱)

و کسانی مانند عمار یاسر، اصبغ بن نباته، یحیی حضرمی و عبدالله بن یحیی حضرمی و حکم بن سعد حنفی، سلیم بن قیس، سهل بن حنیف و عثمان بن حنیف را جزء این گروه ذکر کرده اند.

و ظاهراً گروهی از خواص امیرالمؤمنین علی بن ابی طالب (علیه السلام) بوده اند. مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی یزدی شَرْط را به معنای «جعل الزامی» و شَرَط را به معنای علامت می داند. مرحوم سید محمد کاظم یزدی در وجه تسمیه می نویسد: «شرطه الخمیس طایفه ای از لشگرند که مقدم هستند یا منظور سربازان هستند بخاطر اینکه خود را با علاماتی مشخص می کنند و ممکن است آن را از معنای اول مشتق بدانیم به این معنا که خود مرگ را بر خود الزام کرده اند».(۲)

ولکن آنچه به نظر می رسد اینکه شُرطه را مشتق از شرط به معنای الزام و التزام بدانیم بعید است.

۱- (۱) محمد صالح مازندرانی، شرح اصول الکافی، ج ۶، ص ۲۸۶.

۲- (۲) سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، حاشیه المکاسب، ج ۲، ص ۱۶۰.

فصل چهارم: شرط ابتدایی

ویژگی مهمی که می توان برای این نوع شرط ذکر کرد اینکه در مقابل شروط ضمن العقد است.

ولکن آیا حقیقت شرط ابتدایی چیست؟ آیا موارد زیر را می توان شرط ابتدایی دانست؟

۱ - عقود معین و معنون مثل بیع و نکاح؛

۲ - عقود غیر معنون؛

۳ - عقود تازه تأسیس، مثل عقد بیمه؛

۴ - شروط تبانی (شروطی که عقد بر مبنای آن شکل می گیرد)؛

۵ - شروط الحاقی (شروطی که بعد از عقد شکل می گیرد)؛

۶ - توافقات و قرار و مدارها؛

۷ - الزام نفس بر کاری به صورت وعده یا نذز یا عهد؛

۸ - الزام غیر بر کاری (حکم کردن)؛

۹ - مطلق الزام و التزام؛ و...

استاد سید مصطفی محقق داماد در تبیین شروط ابتدایی می نویسند: «شروط ابتدایی، الزام و التزام هایی است که در ضمن عقد مندرج نشده است. بنابراین، تمام قراردادهایی که به موجب ماده ی ۱۰ قانون مدنی ایران منعقد می شود از مصادیق این شروط است».(۱)

۱- (۱) سید مصطفی محقق داماد، منبع پیشین، ص ۴۷.

و جناب سید محمد تقی خوئی چنین بیان می کنند: «شرط ابتدایی، و آن عبارت است از عهد مستقل و قرار بسیط که تحقق پیدا می کند بین دو طرف - ملزم و ملتزم - بدون اینکه قید «قرار معاملی» دیگری باشد، و بدون اینکه بین آندو - «قرار شرطی» و «قرار معاملی» - هیچ گونه ارتباطی باشد که آندو را به هم ببندد، به طوری که در ثبوت (اصل وجود) یا در لزوم و یا حداقل در حکم تکلیفی با هم باشند.

(و در شرط ابتدایی) تفاوتی نیست که اداء و ابراز آن خارج از «قرار» دیگر باشد و به صورت مستقل و غیر همراه با آن ابراز شود، یا اینکه شرط ابتدایی مقارن «قرار» دیگر ابراز شود، بلکه (ممکن است) شرط ابتدایی با کلامی مندرج بین ایجاب و قبول «قرار» دیگر انشاء شود، کما اینکه وضعیت این چنین است در همراهی دو قرار برای دو بیع، یا ممکن است وقوع یکی از «قرارها» بین ایجاب و قبول قرار دیگر، در حالی که به حسب قصد متعاملین «قرار» واقع شده در ضمن «قرار» دیگر، مستقل و غیر مرتبط به «قرار» دیگر است.

و در تمام موارد مذکور «شرط ابتدایی» به یک اندازه استقلال دارد و قائم به خود و بی ارتباط با «قرار» دیگر است.

و این است آنچه در اصطلاح فقها گاهی تعبیر به «شرط ابتدایی» و گاهی تعبیر به «وعد» می شود».(۱) و البته ماهیت شرط ابتدایی و حکم آن احتیاج به بررسی های بیشتری دارد، در ادامه آنچه از نظر استاد حاج شیخ مهدی مروارید بیان خواهد شد تفاوت بین «شرط ابتدایی» و «وعد» است.

۱- (۱) سید محمد تقی موسوی خوئی، منبع پیشین، ص ۱۶۷.

فصل پنجم: اقوال در شرط ابتدایی

اقوال در مسأله بستگی وثیق به معنا و مفهوم «شرط» در روایت مشهور «المؤمنون عند شروطهم» دارد.

مرحوم شیخ انصاری در اول بیع، بحث معاطات، شرط را به معنای «مطلق التزام»(۱) می دانند و ظاهراً منظورشان این است که «شرط» صادق است بر کلیه ی الزام و التزامات قراردادی.

ولی در بحث اصاله اللزوم در اول بحث خیارات گفته ای متفاوت و متضاد با گفته ی اول بیان می دارند و می گویند: «آنچه متبادر است به لحاظ عرف، «الزام تابع» است، و استعمالات این لفظ شاهد بر آن است».(۲)

در موضع سوم از کتاب گرانسنگ مکاسب در ابتدای بحث شروط کلامی همساز با کلام اول و مخالف کلام دوم خود دارند و با ذکر شواهدی و دلایلی ضمنی بودن معنای شرط را نمی پذیرندو کلام قاموس را فاقد حجیت می دانند.(۳)

۱- (۱) «الشرط لغهً مطلق الالتزام». مرتضی انصاری، منبع پیشین، ج ۳، ص ۵۶.

۲- (۲) «و منها قوله (صلی الله علیه وآله):«المؤمنون عند شروطهم». و قد استدل به علی اللزوم غیر واحدٍ - منهم المحقق الاردبیلی قدس سره - بناءً علی انَّ الشرط مطلق الالزام و الالتزام ولو ابتداءً من غیر ربطٍ بعقدٍ آخر، فَاِنَّ العقد علی هذا شرطٌ، فیجب الوقوف عنده و یحرم التعدّی عنه، فیدلّ علی اللزوم... لکن لایبعد منع صدق الشرط فی الالتزامات الابتدائیه، بل المتبادر عرفاً هو الالزام التابع، کما یشهد به موارد استعمال هذا اللفظ. مع انَّ کلام بعض اهل اللغه یساعد علی ما ادّعینا من الاختصاص، ففی القاموس. الشرط الزام الشیء و التزامه فی البیع و نحوه». منبع پیشین، ج ۵، ص ۲۲-۲۱.

۳- (۳) «و مع ذلک فلا حجه فیما فی القاموس مع تفرّده به، ولعلّه لم یلتفت الی الاستعمالات التی ذکر ناها، و الاّ لذکرها ولو بعنوانٍ یشعر بمجازیتها». منبع پیشین، ج ۶، ص ۱۲-۱۱.

حضرت آیه الله خوئی در بحث معاطات شرط را شامل مطلق التزامات نمی دانند و اطلاق شرط را بر عقودی مثل بیع وهبه مستهجن می دانند و شرط را شامل شروط ابتدایی نمی دانند.(۱) ولی در بحث شروط معنای شرط را شامل شروط ابتدایی دانسته اند.(۲)

حضرت امام خمینی نیز اطلاق شرط بر امور ابتدایی – مانند بیع – را نمی پذیرند.(۳)

استاد سید مصطفی محقق داماد می نویسد: «به عقیده ی ما ادله ی لزوم وفای به شرط همانطور که شامل شروط ضمن عقد می شود، شروط ابتدائی غیر مندرج در عقد را نیز در بر می گیرد».(۴)

فقید سعید حجه الاسلام و المسلمین سید محمد تقی خوئی آراء فقها را اینگونه بیان می کند: «برخی انکار می کنند که «شرط ابتدایی» حقیقتاً شرط باشد و استناد می کنند به قول گروهی از لغویین مانند صاحب قاموس که تفسیر کرده اند شرط را به «الزام و التزام در بیع و مانند آن» و گروهی اعتراف می کنند که مفهوم شرط بر

۱- (۱) سید ابوالقاسم موسوی خوئی، التنقیح (تألیف: میرزا علی غروی) ج ۳۶ از موسوعه الامام الخوئی، ص ۱۰۷. و مصباح الفقاهه (تألیف: محمد علی توحیدی)، مکتبه الداوری، ج ۲، ص ۱۶۷.

۲- (۲) سید ابوالقاسم موسوی خویی، مصباح الفقاهه (تألیف: محمد علی توحیدی)، مکتبه الداوری، قم، الطبعه الاولی ۱۳۷۷ ش، ج ۵، ص ۲۶۳ و التنقیح (تألیف: میرزا علی غروی)، ج ۴۰ موسوعه الامام الخوئی، ص ۷.

۳- (۳) «و امّا اطلاقه علی الامور الابتدائیه کالبیع و الاجاره و المعاطاه، فهو غیر معلوم، بل ممنوع». سید مصطفی خمینی، ثلاث رسائل (دروس الاعلام و نقدها) ص ۴۲-۴۱.

۴- (۴) سید مصطفی محقق داماد، منبع پیشین، ص ۳۵.

«شـرط ابتدایی صادق است ولی بخاطر اجماع و مانند آن، از حکم وجوب به وفای شرط تخصیص خورده. و گروهی نیز حکم به لزوم وفـا و وجوب پایبنـدی به آن نموده انـد».(۱) و خودشـان بر این نظر هسـتند که مفهوم شـرط شامل تعهـدات و التزامات ابتدایی نمی شود.(۲)

استادما آیه الله حاج شیخ مهدی مروارید ظاهراً در مفهوم شرط این معنا را برگزیده اند که شرط عبارت است از «جعل تعلیقی» و «تعهد معلّق» و «تعهد مرتبط به تعهد دیگر»، و این معنا را طبع شـروط ضـمن عقد و دیگر موارد اسـتعمال شـرط دانسـته اند و تبادر در کلام عرب و روایت اول باب ۲۱ از ابواب موانع ارث را شاهد بر این معنا دانسته اند.(۳)

در تقریرات ایشـان چنین آمـده: «برای اثبات این معنا ممکن است اسـتدلال شود به «تبادر» موجود در کلام عرب. فردی ابتـداءً می گویـد: «اگر این کار را کردی، تو را اکرام می کنم» که از آن تعبیر به شـرط شـده و حال آنکه در ضـمن عقـد هم نیست، ولی عرف و عقلاء لزوم وفا را می بینـد. «وعـد مشـروط» به نظر عقلا تعهد آور است و این غیر از «وعد مطلق» است. این عنوان اخص است نسـبت به وعد، و در وعد مشـروط در صورتی که معلّق علیه (مشروط) پدید آمد، شارط مجبور می شود به وفاء به شرط خود، و شـرط شامـل این قبیـل امور می شود. برخی روایات هم با این اسـتعمال تناسب دارد و سـندش هم صـحیح است، فردی مادرش کنیز بود، تا وقتی زمان وفاتش رسـید، فردی از اصـحاب ما رفت و مادر او را خرید و با او شرط کرد...»(۴) و در جای

۱- (۱) سید محمدتقی موسوی خوئی، منبع پیشین، ص ۱۶۸-۱۶۷.

۲- (۲) منبع پیشین، ص ۶۶.

۳- (۳) تقریرات خارج فقه، ۲۸ و ۱۳۸۷/۷/۲۹.

۴- (۴) مهدی مروارید، تقریرات خارج فقه، ۱۳۸۷/۷/۲۸.

دیگر می فرمایند: «شروط ضمن عقد هم در واقع نوعی از «تعهّد معلّق» است و به حسب فهم عرفی قابل استظهار است و روایت هم بر آن شهادت می دهد».(۱)

و بر همین مبنا در شمول روایت

«المؤمنون عند شروطهم» بر «اعمال حقوقی» قائل به تفصیل شده می فرمایند: «اینجا عقود مختلف و متفاوت می شوند، برخی عقود خودشان همین تعهد معلق و مرتبط هستند و مفاد مطابقی آنها همین معنا است؛ مثل «جعاله» که در این عقود می توان به روایت تمسّک نمود.

اما... ایقاع غیر مرتبط و غیر معلّق... بدون ارتباط با التزامی دیگر، در این موارد نمی توان به روایت تمسک نمود برای اثبات صحت آنها مثل برخی نذرهایی که فرد می کند بر خودش. برخی عقود هم هستند که این ارتباط در آن ها لحاظ شده به نحو معاوضیه، نه اینکه اصل معامله معلق بر شرطی شده باشد، بلکه مدلول التزامی آن عقد و معامله، تعهد به امری دیگر است، مثل بیع که مدلول مطابقی آن تملیک است، امّا مدلول التزامی آن نوعی تعهد است که مندمج در آن است که در مقابل تعهد تحویل مثمن، تعهد پرداخت ثمن وجود دارد و با این معنا عندالشک می توان به روایت تمسک نمود».(۲)

نکته ای که از بیان استاد بدست می آید اینکه پذیرفته اند که بیع با توجه به حقیقت بیع - شرط است و مشمول

«المؤمنون عند شروطهم» می باشد.

ص:۱۰۹

۱- (۱) همان، تاریخ ۱۳۸۷/۷/۳۰ نوشته ی: مجید عرفانیان.

۲- (۲) مهدی مروارید، تقریرات خارج فقه، ۱۳۸۷/۷/۳۰، نوشته ی: مجید عرفانیان،

فصل ششم: نظر برگزیده در معنای شرط

از مجموع روایات و استعمالات به این نتیجه می رسیم که «شرط» و «مشارطه» هم معنای «عهد» و «معاهده» است و به این اطمینان می رسیم که «المؤمنون عند شروطهم» به معنای «المؤمنون عند عهودهم» می باشد و نه به معنای «المؤمنون عند عهودهم فی ضمن عقودهم.»

پس شرط شامل شروط تبانی و شروط الحاقی - که در زمره ی شروط ابتدایی است - نیز می شود. والله العالم بحقائق الامور.

فصل هفتم: بررسی ادله ی طرفین

اشاره

تاکنون بحمدالله سعی در روشن شدن معنای «شرط» در لغت و استعمالات بود و سعی شد از پرداختن به معانی بیان شده توسط فقها خودداری شود - مگر در بعضی موارد - چه اینکه در برخی موارد اموری انتزاعی و ذهنی را به عنوان معنای «شرط» بیان داشته اند - و عجیب اینکه ادعای تبادر نیز کرده اند - که با مراجعه ی به لغت و روایات همراهی با آنان ممکن نیست، همچنین بطور مختصر اشاره ای به «شرط ابتدایی» و نظرات درباره ی آن پرداخته شد.

هم اکنون جا دارد به ادله ی قائلین، به نفوذ و عدم نفوذ «شروط ابتدایی» بپردازیم، گر چه در مطالب بیان شده کم و بیش به بعضی از آنها اشاره شده است.

۱ – دلیل قائلین به عدم نفوذ شرط ابتدایی

دلیل اول (از مرحوم شیخ انصاری)

ص:۱۱۰

مرحوم شیخ انصاری (قدّس سره) شرط هشتم از شروط صحت شرط را «التزام در متن عقد» می داند و شروطی که قبل از عقد مورد توافق و تبانی قرار گرفته را بنابر نظر مشهور لازم الوفاء نمی دانند.(۱) بلکه به «ریاض» نسبت داده اند که بر این مطلب از بعضی بزرگان نقل اجماع کرده است.(۲)

جواب:

این اجماع با مخالفت بزرگانی همچون شیخ طوسی، قاضی ابن برّاج و علامه ی حلّی مواجه است. خود مرحوم شیخ انصاری در آخر بحث خیار مجلس به این نکته اذعان می کنند که از شیخ طوسی و قاضی ابن براج نقل شده که قائل به مُؤثِّر بودن شرط متقدم بر عقد هستند.(۳) و سپس کلام مرحوم شیخ طوسی را نقل می کنند که: «اگر قبل از عقد شرط کردند که بعد از عقد بین آندو خیار ثابت نباشد، شرط صحیح است و عقد به نفس ایجاب و قبول لازم می شود».(۴)

و سپس دلیل این مطلب را چنین بیان می کنند که: «دلیل ما این است که مانعی از این شرط وجود ندارد و اصل جواز آن است و عموم اخبار در جواز شرط، شامل این موضع هم می شود».(۵)

۱- (۱) «الشرط الثامن ان یلتزم به فی متن العقد، فلوتواطیا علیه قبله لم یکف ذلک فی التزام المشروط به علی المشهور، بل لم یعلم فی خلاف». مرتضی انصاری، منبع پیشین، ج ۶، ص ۵۵-۵۶.

۲- (۲) «الظاهر من کلمات الاکثر عدم لزوم الشرط الغیر المذکور فی متن العقد، و عدم اجراء احکام الشرط علیه، و ان وقع العقد مبنّیاً علیه، بل فی الریاض عن بعض الاجلّه حکایه الاجماع علی عدم لزوم الوفاء بما یشترط لا فی العقد» منبع پیشین، ص ۵۵-۵۶.

۳- (۳) «و عن الشیخ و القاضی تأثیر الشرط المتقدم».

۴- (۴) شیخ طوسی، الخلاف، ۲۱:۳، المسأله ۲۸ من کتاب البیوع.

۵- (۵) همان.

و از مرحوم قاضی عبدالعزیز ابن براج در «جواهر الفقه» چنین آمده:

«مسأله: اگر شرط کند بایع بر مشتری «قبل از عقد» اینکه بعد از عقد خیاری ثابت نباشد، آیا چنین شرطی صحیح است؟

جواب: این شرط صحیح است... زیرا اصل، جواز این شرط است و مانعی در کار نیست وعموم أخبار شامل آن می شود و کسی که ادّعای منع می کند باید دلیل بیاورد».(۱)

و ظاهراً مرادشان از عموم اخبار، همان اخبار «المؤمنون عند شروطهم» می باشد. و علامه نیز در مختلف فرموده: «اگر قبل از عقد شرط کنند و بر مبنای همان شرط خرید و فروش کنند، آنچه شرط کرده اند صحیح است».(۲)

و با توجه به مخالفت بزرگی مانند شیخ طوسی (اعلی الله مقامه) در مسأله اجماعی شکل نمی گیرد.

و نکته ی بسیار قابل توجه اینکه ظاهراً مرحوم شیخ طوسی و قاضی ابن براج اخبار «المؤمنون عند شروطهم» را تطبیق نموده اند بر شرطی که بیرون از عقد بر آن توافق شده واین بسیار قابل تأمل است.

استاد دکتر سید مصطفی محقق داماد در این باره می نویسد: «شیخ انصاری تحقق اجماع را از صاحب ریاض نقل کرده...(۳) ولی این دلیل مورد نقد و ایراد قرار گرفته است. برای مثال محقق یزدی می گوید: شیخ طوسی در «نهایه» شروط بیرون از عقد نکاح را لازم الوفاء می داند و محقق نراقی نیز در «عوائد الایام» کلیه ی قراردادهای

۱- (۱) «و من ادّعی المنع فعلیه الدلیل». قاضی ابن براج، منبع پیشین، ص ۵۴، مسأله ی ۱۹۵.

۲- (۲) علامه حلّی، مختلف الشیعه، ج ۵، ص ۹۶، مسأله ۵۷.

۳- (۳) سید علی طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۲، ص ۱۱۶.

خارج از عقود را لازم الوفاء دانسته است.(۱)

در همین باره امام خمینی (رحمه الله علیه) گفته اند: «ثبوت شهرت معتمده یا اجماع در این مسأله مورد اشکال، بلکه ممنوع است؛ زیرا احتمال قوی دارد که مبنای فتوای کثیر یا اکثر بر عدم صدق شرط بر الزام ابتدایی باشد، پس، از ادله ی شروط موضوعاً خارج می شوند و بنابراین که مبنا را بر صدق شرط بر «الزام ابتدایی» بگذاریم، چاره ای جز اخذ به عموم دلیل نداریم».(۲)

مرحوم آیه الله خوئی نیز در مورد اجماع مذکور می گوید: «ما اجماع تعبدی را در چنین مسأله ای نمی پذیریم».(۳)

با توجه به نظریات فوق، چون واژه ی شرط اعم از شروط ابتدایی و ضمن عقد است، دلایل نفوذ شرط، شامل قراردادهای آزادی که در ضمن عقد ملحوظ نشده اند نیز خواهد شد».(۴)

دلیل دوم (از علامه محمد حسین نایینی)

دلیلی است که از مرحوم علامه شیخ محمد حسین نایینی نقل شده،(۵) از مرحوم آیه الله خوئی در تقریر بیان استاد خود علامه ی نایینی چنین نقل شده:

«خلاصه ی آنچه ایشان ذکر کردند اینکه «اعتبارات نفسانی» در نظر شارع تا زمانی که در خارج ابراز نشده اند اثری بر آنها مترتب نمی شود، پس مثل بیع و نکاح و طلاق و عتاق و... بر آنها اثری مترتب نیست به مجرّد اعتبار در نفس مگر اینکه در

۱- (۱) محمد کاظم طباطبایی یزدی، حاشیه المکاسب، ص ۱۱۸.

۲- (۲) امام خمینی، کتاب البیع، ج ۵، ص ۲۰۲.

۳- (۳) سید ابوالقاسم موسوی خوئی، منبع پیشین، ص ۲۳۶.

۴- (۴) سید مصطفی محقق داماد، منبع پیشین، ص ۴۹-۴۸.

۵- (۵) محمد حسین نایینی، منیه الطالب، ج ۳، ص ۲۳۴-۲۳۳

خارج بواسطه ی قول یا فعل ابراز شوند...

بنابراین شروطی که در ضمن معامله ابراز نشده اند و صرفاً مورد اعتبار مجرد قرار گرفته اند، در شریعت مقدس، اثر بر آنها مترتب نمی گردد».(۱)

در جواب از این دلیل باید گفت:

ما هم قبول داریم که «شرط» خواه ابتدایی و خواه ضمنی و خواه شرط تبانی و خواه شرط الحاقی، احتیاج به ابراز و اظهار دارد، امّا اینکه الزاماً این ابراز در ضمن معامله باشد مورد قبول نیست. کما اینکه از مرحوم شیخ طوسی و قاضی ابن برّاج که از متقدمین فقهای شیعه هستند جواز و نفوذ شروطی که قبل از عقد ابراز شده اند نقل شد.

دلیل سوم (از کلمات امام خمینی قابل استفاده است)

دلیل سومی که ارائه شده و ظاهراً از کلمات حضرت امام خمینی در این بحث قابل استفاده هست اینکه اصلاً شروطی که ضمن عقد نیستند، «شرط» نیستند تا مشمول «المؤمنون عند شروطهم» باشند.

جواب:

با تتبعات در لغت و روایات این صحبت پذیرفته نیست، و شاید این ذهنیت ناشی از کثرت اطلاق «شرط» بر «شروط ضمنی» در لسان فقها باشد.

ص:۱۱۴

۱- (۱) ر. ک: سید أبوالقاسم خویی، التنقیح (تألیف: میرزا علی غروی)، موسوعه الامام الخوئی، الجزء الاربعون، ص ۷۲-۷۱.

۲ – ادله ی قائلین به نفوذ شرط ابتدایی

دلیل اول: اصل جواز

مرحوم شیخ طوسی(۱) و قاضـی ابن براج(۲) در «شـروط تبـانی» به این اصل اشاره کرده انـد. در «شـروط الحاقی» نیز می توان قائل به چنین اصلی شد. در تبیین این «اصل» می گوییم: نوعی اصل عقلایی و شرعی مبنی بر «آزادی قراردادی» وجود دارد که طرفین درباره ی قراردادهای خود بصورت آزاد و با اختیار تصـمیم می گیرند و مگر اینکه مانعی وجود داشـته باشد و در اینجا نیز اصـل بر جواز و نفوذ چنین توافقـاتی است. وقتی مرحوم شـیخ طوسـی می فرماینـد اصل بر جواز است منظور این نیست که «مشارطه» جایز است ولی اثر شرعی ندارد. بلکه وقتی می فرمایند «اصل جواز است» یعین چنین شرطی جایز است تکلیفاً و نافذ است وضعاً.

پس این اصل به ضمیمه ی «عدم مانع» و دلیل بر خلاف، ثابت می کند نفوذ چنین شرطی را.

با دید دقیق می توان در اینجا دو اصل را مطرح کرد:

۱ – اصل آزادی قراردادها و توافقات؛

۲ – اصل احترام به توافقات و نفوذ آنها.

و البته بحث در این زمینه مجالی گسترده می خواهد که اکنون از آن صرف نظر می شود.

دلیل دوم: روایت «المؤمنون عند شروطهم»

بـا مطـالبی که بیان شـده و تتبعاتی که در لغت و روایات در معنای «شـرط» انجام شـد می توان به این اطمینان رسـید که اطلاق شرط بر شروط غیر ضمنی، اطلاق

۱- (۱) شیخ طوسی، الخلاف ۲۱:۳، المسأله ۲۸ من کتاب البیوع.

۲- (۲) عبدالعزیز ابن البرّاج، جواهر الفقه، ص ۵۴، المسأله ۱۹۵.

حقیقی است و روایت شامل شروط غیر ضمنی نیز شده و دلالت بر لزومی پایبندی به آنها دارد.

دلیل سوم: الغاء خصوصیت

بنابر آنچه در تقریرات بحث امام خمینی (رحمه الله علیه) آمده، از طرف قائلین به نفوذ شرط ابتدایی قریب به این مضمون استدلال شده:

«گرچه ما بپذیریم که ضمنی بودن در مفهوم شرط اخذ شده و شرط شامل شروط ابتدایی نمی شود، ولکن به تناسب حکم و موضوع می گوییم، ضمنی بودن و استقلالی بودن نقشی در حکم ندارد و آنچه ملاک و مناط حکم به لزوم وفا و نفوذ شرط است، همان تعهد متقابل است که هم در شروط ضمنی و هم در شروط ابتدایی و حتی در مطلقِ قرار وجود دارد» و در کتاب البیع در پایان این سخن امر به تأمل فرموده اند.(۱)

آنچه به نظر می رسد اینکه در صورتی که ضمنی بودن مأخوذ در معنای شرط باشد و ائمه (علیهم السلام) صرفاً عنوان شرط را در روایت لازم الوفا قرار داده باشند، تسری دادن حکم به دیگر موارد - مثل شرط الحاقی - و الغاء خصوصیت - از روایت - مشکل است و احتیاج به دلیل محکم یا قطع و اطمینان دارد.

۱- (۱) «نعم لایبعد القاء الخصوصیه عرفاً من الشروط الضمینه الی الابتدائیه بل الی مطلق القرار و الجعل - بمناسبه الحکم و الموضوع - بأَن یقال: انَّ العرف یفهمون من قوله (صلی الله علیه وآله): «المؤمنون عند شروطهم» انّ ما یکون المؤمن ملزماً به هو جعله و قراره من غیر دخاله الشرط فیه. فالضمنیه و الابتدائیه و الشرط و سائر عهوده علی السواء فی ذلک، تأمل». امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۹۳. «نعم بعد الغاء الخصوصیه... و دعوی فهم العرف ذلک، و مساعده العقلاء علیه یتمکن من تصحیح جمیع المعاهدات العرفیه القدیمه و الجدیده». سید مصطفی الخمینی، منبع پیشین، ص ۴۳.

ولی اگر شـرط را دارای معنـایی اعم از شـرط ضـمنی و ابتـدایی دانستیم دیگر احتیـاج به الغـاء خصوصـیت نیست و نفس دلیل شامل آنچه «شرط» بر آن صادق باشد می شود از جمله شروط الحاقی و حتی اموری از قبیل بیع و اجاره.

وصلی الله علی سیدنا محمّد وآله طاهرین

والحمد لله ربّ العالمین

ص:۱۱۷

منابع و مآخذ

۱. قرآن کریم.

۲. مصادر امامیه

۳. بحار الانوار، محمد باقر مجلسی. الطبعه الثانیه، بیروت، مؤسسه الوفاء، ۱۴۰۳ ه -. ق، ۱۹۸۳ م.

۴. توحید، شیخ صدوق. الطبعه السادسه، قم، منشورات جماعه المدرسین، ۱۴۱۶ ه -. ق.

۵. تهذیب الاحکام، شیخ طوسی.، الطبعه الثالثه، تهران، دارالکتب الاسلامیه

۶. شرح اصول الکافی، محمد صالح مازندرانی. الطبعه الاولی، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۲۱ ه -. ق، ۲۰۰۰ م.

۷. صحیفه کامله ی سجادیه (ترجمه ی فیض الاسلام).

۸. نهج البلاغه، سید رضی.

۹. وسائل الشیعه، محمد بن الحسن الحر العاملی. الطبعه الثانیه، بیروت، مؤسسه آل البیت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۲۴ ه -. ق، ۲۰۰۳ م.

۱۰. مستدرک الوسائل، میرزا حسین نوری. الطبعه الاولی، قم، مؤسسه آل البیت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۰۷ ه -. ق.

۱۱. شروح نهج البلاغه

۱۲. توضیح نهج البلاغه، سید محمد حسینی شیرازی. الطبعه الاولی، بیروت، دارالعلوم، ۱۴۲۳ ه -. ق، ۲۰۰۲ م.

۱۳. شرح نهج البلاغه، سید علی نقی فیض الاسلام.

۱۴. شرح نهج البلاغه، ابن ابی الحدید. الطبعه الاولی، داراحیاء الکتب العربیه،

۱۳۷ ه -. ق، ۱۹۵۹ م.

۱۵. شرح نهج البلاغه، محمد عبده. بیروت، دارالتعارف، ۱۴۰۲ ه -. ق، ۱۹۸۲ م.

۱۶. مصادر عامه

۱۷. السنن الکبری، بیهقی،

۱۸. مسند احمد بن حنبل.

۱۹. لغت

۲۰. العین، خلیل بن احمد الفراهیدی. الطبعه الاولی، قم، دارالهجره، ۱۴۰۵ ه -. ق.

۲۱. جمهره اللغه، محمد بن الحسن بن دُرید. الطبعه الاولی، بیروت، دارالعلم للملایین، ۱۹۸۷ م.

۲۲. اساس البلاغه، زمخشری. بیروت، دارالمعرفه، ۱۳۹۹ ه -. ق، ۱۹۷۹ م.

۲۳. الصحاح، اسماعیل بن حمّاد الجوهری. الطبعه الثالثه، بیروت، دارالعلم للملایین، ۱۴۰۴ ه -. ق، ۱۹۸۴ م.

۲۴. المصباح المنیر، احمد بن محمد بن علی المُقری الفیومی. الطبعه الاولی، قم، دارالهجره، ۱۴۰۵ ه -. ق.

۲۵. لسان العرب. ابن منظور، الطبعه الاولی، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۰۸ ه -. ق، ۱۹۸۸ م.

۲۶. اقرب الموارد فی فُصَح العربیه و الشوارد، سیعد الخوری الشرتونی اللبنانی. قم، منشورات مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۰۳ ه -. ق.

۲۷. المعجم الوسیط. ابراهیم انیس، عبدالحلیم منتصر، عطیه الصوالحی، محمد خلف الله احمد. الطبعه الرابعه، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ۱۴۱۲ ه -. ق، ۱۳۷۲ ه -. ش.

۲۸. الرائد، جبران مسعود. الطبعه الثانیه، بیروت، دارالعلم للملایین، ۱۹۶۷ م.

۲۹. المنجد فی اللغه، لوییس معلوف. چاپ اول، انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۶۲ ه -. ش.

۳۰. فرهنگ معاصر عربی – فارسی، آذرتاش آذرنوش. چاپ پنجم، تهران، نشر نی، ۱۳۸۴ ه –. ق.

۳۱. فقه امامیه

۳۲. تقریرات درس استاد دکتر سید مصطفی محقق داماد، نوشته ی: حسین حلبیان.

۳۳. تقریرات درس خارج فقه استاد حاج شیخ مهدی مروارید، نوشته ی: حسین حلبیان.

۳۴. تقریرات درس خارج فقه استاد حاج شیخ مهدی مروارید، نوشته ی: مجید عرفانیان.

۳۵. التنقیح، سید ابوالقاسم موسوی خوئی، (تألیف: میرزا علی غروی).

۳۶. ثلاث رسائل (دروس الاعلام و نقدها)، سید مصطفی خمینی. چاپ اول، مؤسسه ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۶ ه –. ش.

۳۷. جواهر الفقه، قاضی عبدالعزیز ابن البرّاج. الطبعه الاولی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۱۱ ه –. ق.

۳۸. حاشیه المکاسب، سید محمد کاظم طباطبایی یزدی.

۳۹. حاشیه المکاسب، محمد حسین غروی اصفهانی. الطبعه الاولی، منشورات پایه ی دانش، ۱۴۲۵ ه –. ق.

۴۰. الحدائق الناضره، یوسف بحرانی. قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین

۴۱. الخلاف، شیخ طوسی. الخلاف، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین.

۴۲. ریاض المسائل، سید علی طباطبایی. قم، مؤسسه آل البیت، ۱۴۰۴ ه –. ق.

۴۳. الشروط، سید محمد تقی موسوی خوئی. الطبعه الاولی، بیروت، دارالمورّخ العربی، ۱۴۱۴ ه –. ق

۴۴. قواعد فقه (بخش مدنی ۲)، سید مصطفی محقق داماد. چاپ اول، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۴ ه -. ش.

۴۵. کتاب البیع، امام خمینی. الطبعه الرابعه، قم، مؤسسه ی اسماعیلیان، ۱۴۱۰ ه -. ق. ۱۳۶۸ ه -. ش.

۴۶. کتاب المکاسب، مرتضی انصاری الطبعه الخامسه، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۲ ه -. ق.

۴۷. کتاب الطلاق، یوسف صانعی. الطبعه الثانیه، تهران مؤسسه ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی. ۱۴۲۴ ه -. ق.

۴۸. مختلف الشیعه، علامه حلّی. الطبعه الاولی، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۶ ه -. ق. ۱۳۷۴ ه -. ش.

۴۹. مصباح الفقاهه، سید ابوالقاسم موسوی خویی، (تألیف: محمد علی توحیدی). تألیف: محمد علی توحیدی، الطبعه الاولی، قم، مکتبه الداوری، ۱۳۷۷ ه -. ش.

۵۰. منیه الطالب، محمد حسین نایینی. مقرر: موسی نجفی خوانساری، الطبعه الثانیه، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۲۷ ه -. ق، ج ۳.

۵۱. مهذب الاحکام، سید عبدالاعلی موسوی سبزواری. مؤسسه المنار، ۱۴۱۷ ه -. ق.

ص:۱۲۱

نماز طواف

اشاره

«و إذ جعلنا البیت مثابه للناس و أمناً واتخذوا من مقام إبراهیم مصلی و عهدنا إلی إبراهیم و إسماعیل أن طهرا بیتی للطائفین والعاکفین و الرکع السجود» سوره البقره/ ۱۲۵

(و به یاد آورید) هنگامی که خدا کعبه را محل بازگشت (و اجتماع) مردم و مرکز امن قرار دادیم. و (به مردم گفتیم:) از مقام ابراهیم، عبادتگاهی برای خود انتخاب کنید. و از ابراهیم و اسماعیل پیمان گرفتیم که: «خانه ی مرا برای طواف کنندگان و مجاوران و رکوع کنندگان سجده گزار [نمازگزاران] پاکیزه سازید».

مقدمه

حج در اسلام جایگاهی رفیع و بی بدیل دارد. عبادتی است که تشیید دین است(۱) ، حج تجلی گاه عزت و عظمت مسلمین و مجمع بزرگان بندگان و همایش جهانی عباد است، و یکی از ارکان و بنیان های اسلام محسوب می شود.

در روایتی از حضرت أبوجعفر (علیه السلام) آمده:

ص:۱۲۳

۱- (۱) فی الخطبه الفدکیه عن سیدتنا فاطمه بنت رسول الله (صلی الله علیه و آله):«فجعل الله الایمان تطهیراً لکم من الشرک، والصلاه تنزیهاً لکم عن الکبر،... والحج تشییداً للدین». ر. ک: احمد رحمانی همدانی، فاطمه الزهراء سلام الله علیها بهجه قلب المصطفی، ص ۳۳۳؛ وفی البحار «تسلیه للدین»، ج ۶، ص ۱۰۷.

بنی الإسلام علی خمس: علی الصلاه والزکاه والصوم والحج والولایه ولم یناد بشیء کما نودی بالولایه.(۱)

و در اهمیت حج همین بس که یکی از مبانی پنجگانه ی اسلام شمرده شده.

حج و عمره هر دو مفروض بوده(۲) و بر هر مکلف مستطیعی واجب می باشد.(وَ لِلهِ عَلَی النّاسِ حِجُّ الْبَیْتِ مَنِ اسْتَطاعَ إِلَیْهِ سَبِیلاً وَ مَنْ کَفَرَ فَإِنَّ اللهَ غَنِیٌّ عَنِ الْعالَمِینَ)۳ .

و در روایات ترک حج با استطاعت برابر با کفر شمرده شده است.(۳)

عبادتی است جامع و مشتمل بر عبادات بدنی و مالی و مناسک مختلف و مرکب از اجزاء و افعال گوناگون که از مناسک عالی، مهم واساسی آن طواف و نماز طواف می باشد که نقش بسزایی در کمال وجامعیت این واجب الهی ایفا می نماید.

به بیان برخی اساتید: همه نکاتی که درباره ی نماز وارد شده در حجّ نیز تحقق می یابد؛ زیرا در حج طواف تشریع شده که خود نماز است. افزون بر اینکه در حج نماز نیز هست؛ چون طواف کننده پس از طواف، نزد مقام ابراهیم به نماز می ایستد:(وَ اتَّخِذُوا مِنْ مَقامِ إِبْراهِیمَ مُصَلًّی)۵ و با نماز گزاردن در آنجا ستون دین خویش را برپا می دارد و به وسیله ی آن به مولای خود تقرب می جوید و به همه ی مزایایی که برای نماز است نایل می شود.(۴)

در مرسله ای از حضرت امام زین العابدین (علیه السلام) آمده:

فحین صلیت فیه رکعتین نویت أنک صلیت بصلاه ابراهیم (علیه السلام) وأرغمت بصلاتک أنف

۱- (۱) محمد بن یعقوب کلینی، کافی، ج ۲، ص ۱۸.

۲- (۲) حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۱، ص ۷.

۳- (۴) حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۱، ص ۳۰ و ۳۱.

۴- (۶) عبدالله جوادی آملی، صهبای حج، ص ۵۲.

الشیطان؟(۱)

مطابق این کلام نماز طواف مصداق اقتدای به ابراهیم (علیه السلام) و مبارزه و در هم شکستن شیطان است؛ درنتیجه هم مصداق ولایت است وهم مصداق براءت.

نوشتار حاضر تحقیقی است درباره ی نماز طواف که به طور مقارن و استدلالی به بررسی مباحث فقهی - تفسیری در این رابطه می پردازد. امید است این نوشته مرضی رب البیت وحجت حی او (عجل الله تعالی فرجه) قرار گیرد و مفید جهت محققین و طلاب حوزه های علمیه خصوصاً روحانیون محترم حج باشد.

(وَ اتَّخِذُوا مِنْ مَقامِ إِبْراهِیمَ مُصَلًّی)۲

و اتخِذوا

اشاره

این کلمه را «اِبن عامر» و «نافع» به صورت ماضی خوانده اند (وَ اتَّخِذُوا)۳ ؛ مباحثی اینجا مطرح است:

آیا واو عاطفه است یا استینافیه؟ اگر عاطفه است معطوف علیه چیست؟

آیا لفظ امر درست می باشد یا لفظ ماضی؟

اگر امر است مخاطب آن چه کسانی هستند و اگر ماضی است فاعل فعل چه کسانی هستند؟

در صورتی که امر باشد امر وجوبی است یا استحبابی؟

ص:۱۲۵

۱- (۱) حسین نوری، مستدرک الوسائل، ج ۱۰، ص ۱۶۸.

مبحث اول: عطف یا استیناف ؟

آنچه از بیان مرحوم شیخ طوسی مستفاد است احتمال عاطفه بوده واو است(۱) گرچه برخی آن را استیناف می دانند(۲). و اما اینکه معطوف علیه چه می باشد احتمالاتی در این زمینه هست:

عطف بر (اذکُروا) ی مقدر در اول آیه - قبل از (إذ) - می باشد؛

عطف بر (یابنی إسرائیل اذکروا) مذکور در آیه ی ۱۲۲ می باشد؛(۳)

عطف بر (جعلنا)؛(۴)

عطف بر (جعلنا) به تقدیر «قُلنا» ای: (جعلنا)... و (قُلنا) (واتخذوا)؛(۵)

عطف بر معنای «جعلنا مثابه» أی: ثوبوا الیه (واتخذوا)؛(۶)

عطف بر (إِنِّی جاعِلُکَ لِلنّاسِ إِماماً) مذکور در آیه ی ۱۲۴؛(۷)

عطف بر «حجّوا» و «طوفوا» ی محذوف.(۸)

مبحث دوم: امر یا ماضی ؟

قراءت مشهور همان قراءت به صیغه ی امر است. و روایات دالّ بر وجوب نماز طواف در کنار مقام ابراهیم و یا پشت مقام ابراهیم نیز تناسب با همین قراءت دارد،

ص:۱۲۶

۱- (۱) شیخ طوسی، التبیان، ج ۱، ص ۴۵۰. و معجم الفاظ القرآن الکریم (با مقدمه محمد سید طنطاوی)، ص ۲۴.

۲- (۲) محمود صافی، الجدول فی إعراب القرآن وصرفه وبیانه، ج ۱، ص ۲۵۷.

۳- (۳) شیخ طوسی، التبیان، ج ۱، ص ۴۵۲.

۴- (۴) شیخ طوسی، التبیان، ج ۱، ص ۴۵۳. و زجاج، معانی القرآن وإعرابه، ج ۱، ص ۲۰۷.

۵- (۵) ر. ک: زمخشری، الکشاف، ج ۱، ص ۳۱۰ و سید عبدالله شُبر، تفسیر القرآن الکریم، ص ۳۱.

۶- (۶) شیخ طوسی، التبیان، ج ۱، ص ۴۵۲.

۷- (۷) همان.

۸- (۸) عبدالله جوادی آملی، تسنیم، ج ۶، ص ۵۴۶ و ۵۳۶.

بویژه اینکه بسیاری از آنها آیه ی کریمه نیز استشهاد شده است.(۱)

و بعض عامه روایتی نقل کرده اند از «عمر» که آن نیز با قراءت مشهور تناسب دارد و قراءت مشهور را تقویت کرده اند.(۲)

ولی قراءت به صیغه ی ماضی مؤیدی دارد و آن تناسب در عطف ها است - بنابر اینکه عطف بر (جعلنا) باشد - چه اینکه (جعلنا) ماضی است و (عهدنا) هم که در ادامه آمده ماضی می باشد و به این لحاظ ماضی تناسب دارد.

ولی جوابی که می توان در تأیید و مناسب بودن صیغه ی امر داد این است که: مسنداليه جعلنا و عهدنا حضرت حق جلّ وعلا است و در صورت امر بودن صیغه، متکلم و مُنشِئ خطاب حضرت می شود و به نوعی (واتخذوا) اسناد داده ی به حضرت حق جلّ وعلا می شود، برخلاف صیغه ی ماضی که مسنداليه در این صورت غیر حضرت حق می شود. و به این لحاظ لفظ ماضی بی تناسب است. گذشته از این که در قرآن مجید خیلی مواقع «سیاق قبل و بعد» متفاوت از اصل مطلب بیان شده است(۳) ؛ و باید در این مورد اولاً به روایات معصومین و ثانیاً شهرت روایت اعتنا شود.

مبحث سوم: مخاطب چه کسی است ؟

برخی مفسرین این احتمال را مطرح کرده اند که مخاطب در آیه «یهود» و «بنی اسرائیل» باشند؛ و این را متناسب با عطف بر (یا بَنِی إِسْرائِیلَ اذْکُرُوا نِعْمَتِیَ)۴ که در

۱- (۱) ر. ک: حرّ عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۴۲۵ و ۴۳۰ و ۴۳۱ و ۴۳۲ و ۴۳۳.

۲- (۲) «القراءه فی ذلک عندنا (واتخذوا) بکسر الخاء علی تأویل الأمر باتخاذ مقام إبراهیم مصلی». طبری، جامع البیان، ج ۱، ص ۴۲۱.

۳- (۳) به عنوان نمونه می توان آیه ی تطهیر (آیه ی ۳۳ سوره ی احزاب) را یاد کرد.

آیات قبل آمده و هم سیاق با آیه ی کریمه می باشد دانسته اند.(۱) همچنین این احتمال وجود دارد که مخاطب ابراهیم (و کسانی که همراه او و مورد ابتلاء قرار گرفته اند) باشد.(۲) احتمال دیگر اینکه مخاطب آیه ی کریمه حضرت نبی اکرم (صلی الله علیه و آله) مؤمنین به پیامبر (صلی الله علیه و آله) و جمیع خلق می باشند.(۳) ظاهراً طبری با تمسک به حدیثی که از «عمر» نقل شده همین احتمال سوم را برمی گزینند.(۴)

و اینجا موردی است که این مفسر عامی باتوجه به روایت، از سیاق آیه دست برداشته و دلالت سیاق را ظاهراً نپذیرفته است.

در تفسیر تبیان آمده است: «وظاهر قوله (وَ اتَّخِذُوا) أنّه عام لجمیع المکلفین إلاّ من خصّه الدلیل وعلیه أکثر مفسرین».(۵) که از این کلام مرحوم شیخ طوسی استفاده شده می شود که مخاطب تمام مکلفین هستند.

احتمال دیگر اینکه مخاطب «ناس» باشند، که این معنا نزدیک به احتمال سوم است. به هر حال آنچه متناسب با روایات ما در ذیل آیه ی شریفه می باشد عدم اختصاص آیه به بنی اسرائیل – و یا مخاطب بودن ابراهیم (و همراهیانش) – می باشد.

مبحث چهارم: وجوب یا استحباب ؟

زمخشری در تفسیر آیه آورده: «أی وقلنا: (واتخذوا) منه موضع صلاه تصلون فیه، وهو علی وجه الاختیار والاستحباب دون الوجوب».(۶) که در این کلام او تمام شده

۱- (۱) طبری، جامع البیان، ج ۱، ص ۴۲۱.

۲- (۲) همان.

۳- (۳) همان.

۴- (۴) «والخبر الذی ذکرناه عن عمربن الخطاب عن رسول الله صلی الله علیه [وآله] وسلم قبل یدل علی خلاف الذی قاله هؤلاء وأنه أمر من الله تعالی ذکره بذلک رسول الله صلی الله علیه [وآله] وسلم والمؤمنین به وجمیع الخلق المکلفین». ر. ک: طبری، همان.

۵- (۵) شیخ طوسی، التبیان، ج ۱، ص ۴۵۲.

۶- (۶) زمخشری، الکشاف، ج ۱، ص ۳۱۰. زمخشری شافعی مذهب می باشد. ر. ک: اسماعیل پاشا بغدادی، هدیه العارفین، ج ۲، ص ۴۰۲.

اخذ مصلی از مقام ابراهیم استحباب دارد. ولی مرحوم شیخ طوسی در تبیان می فرمایند: «قال قتاده والسدی: امروا انْ یصلّوا عنده وهو المروی فی أخبارنا. وبذلک استدلّوا علی أنّ صلاه الطواف فریضه مثله، لأنّ الله تعالی أمر بذلک والأمر یقتضی الوجوب، ولیس ها هنا صلاه یجب أداؤُها عنده غیر هذه بلاخلاف».(۱) و از کلام شیخ قول به وجوب استفاده می شود. بحث بیشتر در این زمینه در بحث نماز طواف خواهد آمد ان شاء الله.

مقام ابراهیم

اشاره

من مقام إبراهیم

مبحث اول: مقام ابراهیم چیست ؟

«مقام» اسم مکان از قام یقوم، اصل آن «مَقْوَم» بوده است.

در اینکه مقام ابراهیم چیست، مرحوم شیخ طوسی چهار قول نقل نموده اند:

ابن عباس گفته است: «الحجّ کلّه مقام إبراهیم»: تمام حجّ مقام ابراهیم است.

عطا گفته است: عرفه و مزدلفه و جمار مقام ابراهیم هستند.

مجاهد گفته است: «الحرم کلّه مقام إبراهیم»: کل حرم مقام ابراهیم است.

سدی گفته است: مقام ابراهیم، سنگی است که همسر اسماعیل (علیه السلام) آن را زیر پای ابراهیم (علیه السلام) قرار داد در هنگامی که سر ابراهیم را شست.(۲)

و در اول نیز سه احتمال وجود دارد:

افعال حج؛

موسم حج؛

۱- (۱) شیخ طوسی، التبیان، ج ۱، ص ۴۵۳.

۲- (۲) همان.

مکان برگزاری حج.

آیه الله جوادی آملی می فرمایند: «مقام سنگی است که اثر پای مبارک حضرت ابراهیم (علیه السلام) را به صورت اعجازی در خود نگه داشته است. این سنگ که از برجسته ترین آیات بین الهی در مکه است چگونگی شکل گیری آن مورد اختلاف است. وجوه محتمل در این باره عبارت است از:

ابراهیم خلیل الرحمن هنگام بالا بردن دیوارهای کعبه روی آن می ایستاده است(۱).

در سفر دوم آن حضرت به مکه، هنگامی که به تقاضای همسر حضرت اسماعیل از مرکب خود پیاده شده پا بر روی این سنگ گذارده است.(۲)

آن حضرت هنگام امتثال فرمان (وَ أَذِّنْ فِي النّاسِ بِالْحَجِّ)۳ بر فراز این سنگ رفته و مردم را به حج فرا خوانده است.(۳)

به هر تقدیر، اصل پا گذاشتن آن حضرت بر سنگ صَلد و سخت و فرو رفتن جای پای مبارک وی و ماندن اثر پا در آن سنگ، مسلّم است».(۴)

و این مطلب را معجزه ای دالّ بر نبوت حضرت ابراهیم (علیه السلام) ذکر کرده اند.(۵)

از عبارت زمخشری در تفسیر کشاف این نکته استنباط می شود که «سنگ و محِل قرارگرفتن آن» را مقام ابراهیم دانسته است.(۶) که این مطلب متین به نظر می رسد.

۱- (۱) محمدتقی مجلسی، روضه المتقین، ج ۴، ص ۱۱۴.
۲- (۲) شیخ طوسی، التبیان، ج ۱، ص ۴۵۳.
۳- (۴) محمّد محمّدی ری شهری، حج و عمره در قرآن و حدیث، ص ۱۵۲.
۴- (۵) عبدالله جوادی آملی، تسنیم، ج ۶، ص ۵۴۵ و ۵۴۴.
۵- (۶) شیخ طوسی، التبیان، ج ۱، ص ۴۵۳.
۶- (۷) «مقام إبراهیم الحجر الذی فیه أثر قدمیه والموضع الذی کان فیه الحجر حین وضع علیه قدمیه وهو الموضع الذی یسمی مقام إبراهیم». زمخشری، الکشاف، ج ۱، ص ۳۱۰.

در رابطه با مقام ابراهیم چند مطلب قابل بررسی می باشد:

شخصیت ممتاز حضرت ابراهیم (علیه السلام)؛

مقام ابراهیم در چه موضعی است و مکان اصلی آن کجا بوده است؟

مقام ابراهیم چه آثار و احکامی دارد؟

مبحث دوم: مکان اصلی مقام ابراهیم

هم اکنون مقام در کنار کعبه (به طرف مسعی) در فاصله ی تقریباً ۲۶.۵ ذراع دورتر از کعبه قرار گرفته است.

ولی آنچه از روایت استفاده می شود این است که مقام ابراهیم جابه جا شده است.(۱)

در کتاب حج و عمره در قرآن و حدیث آمده است: «تغییر مکان «مقام ابراهیم» از مسلّمات تاریخ است و بسیاری از کتاب های سیره و حدیث و تاریخ، آن را از مکان کنونی اش به کعبه نزدیک تر و حتی چسبیده به آن دانسته اند.

بر طبق آنچه از برخی احادیث، به دست می آید، ابتدا در جاهلیت، آن را از کعبه دورتر بردند و سپس پیامبر (صلی الله علیه و آله) آن را پس از فتح مکه به جای نخستینش بازگرداند؛ یعنی همان مکانی که ابراهیم (علیه السلام) آن را در آنجا نهاده بود. سپس عمر، آن را به مکانی که هم اکنون قرار دارد، انتقال داد».(۲)

مبحث سوم: آثار و احکام مقام ابراهیم

برای مقام ابراهیم حداقل دو اثر ذکر شده است:

محل نماز طواف است؛

حد مطاف است.

آنچه اکنون باتوجه به تناسب آیه ی کریمه مورد توجه است مباحث مربوط به نماز

۱- (۱) ر. ک: محمد محمدی ری شهری، حج و عمره در قرآن و حدیث، ص ۱۵۴ و ۱۵۲.

۲- (۲) همان، ص ۱۵۷.

طواف می باشد.

مصلی

اشاره

نماز

در تفسیر المیزان علامه طباطبایی فرموده: المصلی اسم مکان من الصلوه بمعنی الدعاء أی اتخذوا من مقامه مکاناً للدعاء.(۱)

ولی در تفسیر گرانسنگ برهان و هفت حدیث در ذیل آیه ی شریفه آورده مبنی بر اینکه آیه ی کریمه اشاره به «نماز طواف» دارد، که در همه ی روایات به آیه ی کریمه استشهاد شده.(۲)

در بعضی از این روایات «عند مقام ابراهیم»(۳) آمده و در بعضی «خلف المقام»(۴) آمده.

و آنچه این روایات متناسب با آن هست، همان قرائت مشهور (واتخذوا) به صیغه ی امر می باشد. شیخ طوسی نیز در تبیان کلامی دارند مبنی بر اینکه «امر به نماز طواف» از روایات قابل استفاده است.(۵)

در تفاسیر عامّه هم در شأن نزول آیه روایتی از «عمر» و یا «ابن عمر» آورده اند(۶) و بعضی آن را مؤید قراءت مشهور دانسته اند.(۷)

۱- (۱) سید محمدحسین طباطبایی، المیزان، ج ۱، ص ۲۸۰.

۲- (۲) سید هاشم بحرانی، برهان، ج ۱، ص ۱۵۲ و ۱۵۱. و ر. ک محمود بن عیاش، تفسیر عیاشی، ج ۱، ص ۵۹ و ۵۸.

۳- (۳) روایت اول، ششم، هفتم.

۴- (۴) روایت دوم، سوم، چهارم.

۵- (۵) شیخ طوسی، التبیان، ج ۱، ص ۴۵۳.

۶- (۶) زمخشری، الکشاف، ج ۱، ص ۳۱۰.

۷- (۷) طبری، جامع البیان، ج ۱، ص ۴۲۱.

در تفسیر تسنیم آمده است: «مصلای نماز طواف، مقام ابراهیم است. امر به طواف در آیه ی شریفه ی (وَ لْیَطَّوَّفُوا بِالْبَیْتِ الْعَتِیقِ)۱ و دستور نماز طواف در آیه ی مورد بحث آمده است: واتخذوا من مقام إبراهیم مصلی؛....

بر اساس روایات اهل بیت (علیهم السلام) نماز طواف باید پشت مقام ابراهیم یا کنار آن به جا آورده شود؛ از این رو نماز در جلوی مقام، به گونه ای که مقام پشت سر قرار گیرد تجویز نشده است».(۱)

مبحث اول: وجوب نماز طواف

مرحوم شیخ طوسی در کتاب خلاف می نویسند: «دو رکعت نماز طواف واجب است در نزد اکثر اصحاب ما و عامه ی اهل علم، ابوحنیفه و مالک و اوزاعی و ثوری به همین قول قائلند. و شافعی در این باره دو قول دارد، یکی همانند ما، و دیگری اینکه آن دو رکعت واجب نیست، و این قول دوم اصحّ در نزد شافعی ها می باشد و به همین قول، قائل شده اند گروهی از اصحاب ما. و دلیل ما قول خداوند تبارک و تعالی است: (واتخذوا من مقام إبراهیم مصلی) و این امر اقتضای وجوب دارد. و نیز طریق احتیاط نیز اقتضای وجوب دارد؛ زیرا اگر آن دو رکعت را بجا آورد براءت ذمّه ی یقینی پیدا می کند، و اگر نخواند [براءت ذمّه] مورد اختلاف است. و اخبار ما در این معنا [وجوب نماز طواف] زیادتر از آن است که احصاء شود، ما آنها را ذکر کرده ایم و وجه روایات مخالف با آن را نیز بیان کرده ایم. و خلافی نیست که پیامبر (صلی الله علیه و آله) آن دو رکعت را به جا آورده و ظاهر این مطلب اقتضای وجوب دارد».(۲)

مرحوم ابن ادریس حلّی آورده است: «دو رکعت نماز طواف فریضه، فریضه است.

ص:۱۳۳

۱- (۲) عبدالله جوادی آملی، تسنیم، ص ۵۴۶ و ۵۴۵.

۲- (۳) شیخ طوسی، الخلاف، ج ۲، ص ۳۲۷.

همـان طور که طواف فریضه است. و این قول صـحیح از اقوال اصـحاب ما است. و انـدکی معتقـد شـده انـد که آن دو رکعت مستحب است، ولی اظهر، قول اول است».(۱)

علامه در تذکره فرموده اند: «و اگر طواف واجب باشد، دو رکعت نماز طواف نیز واجب است در نزد اکثر علمای ما – و همین را قائل شده ابوحنیفه و شافعی در یکی از دو قول خود –... و مالك وشافعی در قول دوم خود و احمد گفته اند: آن دو رکعت مستحب است – و این قول اندکی از علمای ما می باشد –».(۲)

این نسبت علامه مخالف و ناسازگار است با نسبت مرحوم شیخ طوسی در کتاب خلاف که به مالك نسبت داده بودند واجب بودن نماز طواف را که بحث بیشتری خواهد آمد إن شاءالله.

همچنین مرحـوم صـاحب جـواهر دربـاره ی اینکه چه کسـانی از شـیعه قائـل به عـدم وجـوب هسـتند فرمـوده: «مـا آنهـا را نمی شناسیم».(۳)

و در کتـاب فقه الصـادق آمـده: «وفی التـذکره نسـبه عـدم الوجوب إلی شـاذّ من علمائنـا، وکـذا عن الخلاـف وغیره، ولکنّه لم یعرف».(۴)

مبحث دوم: نماز طواف در مذاهب

الف: امامیه

نماز طواف در نزد مذهب حقّه ی امامیه (مذهب جعفری) واجب است همان طور که گذشت.

ص:۱۳۴

۱- (۱) ابن ادریس حلی، السرائر، ج ۱، ص ۵۷۶.

۲- (۲) علاّمه حلّی، تذکره الفقهاء، ج ۸، ص ۹۵ و ۹۴.

۳- (۳) محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۱۹، ص ۳۰۰.

۴- (۴) سید محمدصادق روحانی، فقه الصادق، ج ۱۱، ص ۲۴۸.

ب: مالکیه(۱)

و اما در مذهب مالک این دو رکعت جزء طواف است به طوری که اگر بعد از طواف و قبل از نماز حدثی از او سر زد طواف را اعاده می کند. مالکی ها در طواف افاضه و قدوم قائل به وجوب این دو رکعت اند، ولی در طواف وداع دو قول وجود دارد:

وجوب؛

سنت بودن.

همچنین مستحب می دانند که در رکعت اول سوره ی کافرون و در رکعت دوم سوره ی اخلاص قراءت شود، و مستحب می دانند که این نماز پشت مقام ابراهیم باشد و بعد از آن دو رکعت در مستلزم دعا کنند (مستلزم: بین حجرالاسود و در خانه ی خدا). و اگر کسی بعد از عصر طواف بجا آورد، مستحب است نماز طواف را بعد از نماز مغرب و قبل از نافله ی مغرب بجا بیاورد.(۲)

در کتاب الفقه علی المذاهب الأربعه آمده: «المالکیه قالوا: للطواف واجبان وسنن، فأما واجباه فهما صلاه رکعتین بعده، کما تقدم، والمشی فیه للقادر علیه».(۳) در این

۱- (۱) قال سعید بن عبدالقادر باشنفر فی المغنی فی فقه الحج والعمره: «جاء فی المغنی، والمجموع: أنها سنه مؤکده عند مالک، وجاء فی مناسک ابن جماعه والقوانین الفقهیه لابن جزی، والمحلی لابن حزم، وغیرهما: أنها واجبه عند مالک، ویقوی ذلک أنه عند مالک وأبی حنیفه: أن صلاه الفرض بعد الطواف لاتسقط رکعتی الطواف، ولو کانت سنه لاغنی عنها صلاه الفرض کما هو عند الشافعی وأحمد» ص ۲۱۳. انتهی کلامه ولا یخفی ضعف استدلاله وأنه لاربط بین إجزاء الفرض عنها واستحبابها. (حسین حلبیان).

۲- (۲) عبدالرحمن جزیری، الفقه علی المذاهب الأربعه، ج ۱، ص ۶۵۴.

۳- (۳) عبدالرحمن جزیری، الفقه علی المذاهب الأربعه، ج ۱، ص ۶۵۶، و ر. ک: نورالدین عتر، الحج والعمره فی الفقه الاسلامی، ص ۷۶؛ أحمد عبدالقادر معبی، توضیح المناسک علی المذاهب الأربعه، ص ۱۲۴.

عبارت نیز نماز طواف را در نزد مالکی ها واجب می داند.

این در حالی است که در المغنی و شرح الکبیر - که در فقه حنفی نگاشته شده اند - موفق الدین بن قدامه و شمس الدین بن قدامه به مالک نسبت داده اند که این دو رکعت نماز را سنت مؤکد می داند و واجب نمی داند(۱).

ابن رشد قرطبی در بدایه المجتهد آورده است: «وأجمعوا علی أن من سنه الطواف رکعتین بعد انقضاء الطواف... وحجه الجمهور أن رسول الله صلّی الله علیه [وآله] وسلم طاف بالبیت سبعاً وصلّی خلف المقام رکعتین، وقال: خذوا عنّی مناسککم».(۲) البته با دقت در کلام ابن رشد به این نکته می رسیم که گاهی سنت را در مقابل فضیلت به کار برده، و منظورش از سنت استحباب نمی باشد، بلکه عملی لازم می باشد مثلاً در حکم رَمَل(۳) در اشواط ثلاثه این سؤال را مطرح می کند که آیا سنت است یا فضیلت و بعد تذکر می دهد که: فرق بین دو قول در این است که کسی که آن را سنت می داند واجب می کند در ترک آن خون را (قربانی را) و کسی که آن را سنت نمی داند واجب نمی کند در ترک آن چیز را(۴). و در جاهای دیگر از کتاب خود نیز سنت را در مقابل نفل قرار می دهد(۵). و در قسم کفارات مسکوت عنها از مالک نقل می کند که: اگر کسی دو رکعت نماز طواف را فراموش کرد تا به وطن خود برگشت باید قربانی کند(۶). و از این عبارت می توان برداشت کرد که ترک آن را موجب کفاره.

۱- (۱) ابنی قدامه، المغنی والشرح الکبیر، ج ۳، (المغنی) ص ۴۰۵ و (الشرح الکبیر) ص ۴۱۴. و ر. ک: أحمد عبدالقادر معبی، توضیح المناسک علی المذاهب الأربعه، ص ۸۱.

۲- (۲) محمد بن أحمد بن رشد، بدایه المجتهد ونهایه المقتصد، ج ۱، ص ۵۸۲.

۳- (۳) سرعت در راه رفتن با نزدیک بودن قدمها.

۴- (۴) «أن من جعله سنه أوجب فی ترکه الدم، ومن لم یجعله سنه لم یوجب فی ترکه شیئاً». محمد بن أحمد بن رشد، بدایه المجتهد ونهایه المقتصد، ج ۱، ص ۵۷۹.

۵- (۵) محمد بن احمد بن رشد، بدایه المجتهد ونهایه المقتصد، ج ۱، ص ۶۳۵.

۶- (۶) فقال مالک: «علیه دم». همان، ص ۶۳۸.

برخی نوشته های متأخر نیز به مالکی ها نسبت می دهد قول به وجوب این نماز را(۱).

به هر حال اینکه قول مالک و مالکی ها در مسأله چیست مبهم است، به طوری که حتی در یک کتاب دو قول به آنها نسبت داده شده(۲).

شیخ طوسی در خلاف قول به وجوب را به او نسبت می دهد(۳) و علّامه ی حلّی قول به عدم وجوب را(۴).

همچنین ابن قدامه(۵) و نووی(۶) به او نسبت می دهند عدم وجوب را، و متأخرین(۷) به او نسبت داده اند وجوب را.

مطالب دیگری که جا دارد تذکر داده شود اینکه ابن رشد قرطبی مالکی درباره ی حکم رَمَل در سه شوط اول طواف پس از اینکه روایتی از ابن عباس نقل می کند که در سنت بودن رَمَل تشکیل می شود به این صورت که این عمل را پیامبر انجام داده انـد در زمان حدیبیه برای نشان دادن قوت مسلمین و سنت نیست، روایت دیگری نقل می کند از رسول الله (صلی الله علیه و آله)، که جابر می گوید: «أن رسول الله صلّی الله علیه [وآله] وسلم رَمَل فی الثلاثه الأشواط فی حجه الوداع ومشی أربعاً»(۸) و سپس می گوید: «وهو حدیث ثابت من روایه مالک»(۹) و استنباط می کند: «وعلی الأُصول

۱- (۱) نورالدین عتر، الحج والعمره فی الفقه الإسلامی، ص ۷۶.

۲- (۲) أحمد عبدالقادر معبی، توضیح المناسک علی المذاهب الأربعه، ص ۸۱ و ۱۲۴.

۳- (۳) شیخ طوسی، الخلاف، ج ۲، ص ۳۲۷.

۴- (۴) علّامه حلّی، تذکره الفقهاء، ج ۸، ص ۹۵. و منتهی المطلب، ج ۱۰، ص ۳۲۴.

۵- (۵) ابن قدامه، همان.

۶- (۶) نووی، المجموع، ج ۸، ص ۶۲.

۷- (۷) عبدالرحمن جزیری، الفقه علی المذاهب الأربعه، ج ۱، ص ۶۵۶؛ نورالدین عتر، الحج والعمره فی الفقه الإسلامی، ص ۷۶.

۸- (۸) محمد بن أحمد بن رشد، بدایه المجتهد ونهایه المقتصد، ج ۱، ص ۵۸۰.

۹- (۹) همان.

الظاهريه يجب الرمل لقوله: خذوا عنّی مناسککم»(۱). پس او سنت نبوی را که به یک روایت ثابت شده – ولو یک روایت دیگر معارض آن است – به ضمیمه ی «خذوا عنّی مناسککم» مثبت وجوب می داند. حال با این پیش فرض از کلام و استنباط او به سراغ کلام دیگر او در چند سطر بعد می رویم که می گوید:

«وأجمعوا علی أنّ من سنه الطواف رکعتین بعد انقضاء الطواف،... وحجه الجمهور أنّ رسول الله صلّی الله علیه [وآله] وسلم طاف بالبیتٍ سبعاً وصلّی خلف المقام رکعتین، وقال: خذوا عنّی مناسککم».(۲)

پس، در مورد نماز طواف که سنت بودن آن اجماعی است به طریق اولی باید قائل به وجوب باشد. و این چیزی است که از بطن عبارات ابن رشد مالکی استفاده می شود.

ج: حنفی ها

و اما حنفیه یکی از واجبات طواف را دو رکعت نماز طواف می دانند(۳) که بعد از هفت شوط طواف دو رکعت نماز بخواند، خواه طوافش واجب باشد، یا سنت باشد یا نقل باشد. و افضل آن است که بین طواف و نماز موالات را رعایت کند، مگر اینکه در وقت کراهت طواف کند؛ و نماز طواف را اگر ترک کرد فوت نمی شود، بلکه هر وقت خواست بجا می آورد ولو بعد از رجوع به وطن خود، اما این کار مکروه است، و مستحب است آن را پشت مقام ابراهیم به جا آورد، سپس در کعبه، سپس در حجر زیر ناودان، سپس هر مکانی که نزدیک باشد از حجر به بیت الله، سپس در حرم، و اگر خارج از حرم نماز خواند کار بدی کرده است، و قراءت می کند در رکعت اول

۱- (۱) همان، ص ۳۴۱.

۲- (۲) همان، ص ۵۸۲.

۳- (۳) سید سابق، فقه السنه، ج ۱، ص ۶۲۱. و عبدالرحمن الجزیری، الفقه علی المذاهب الأربعه، ج ۱، ص ۶۵۸.

سوره ی کافرون را و در رکعت دوم سوره ی اخلاص را(۱).

کاشانی حنفی در بـدایع الصـنایع می نویسـد: «وإذا فرغ من الطواف یصـلّی رکعتین عند المقام أو حیث تیسـر علیه من المسـجد ورکعتا الطواف واجبه عندنا. وقال الشافعی سنه بناء علی أنّه لا یعرف الواجب إلّا الفرض ولیستا بفرض وقد واظب علیهما رسول الله صـلّی الله [وآله] وسـلم فکانتا سـنه ونحن نفرق بین الفرض والواجب ونقول الفرض ما ثبت وجوبه بدلیل مقطوع به والواجب ما ثبت وجوبه بدلیل غیر مقطوع به ودلیل الوجوب قوله عز و جل واتخذوا من مقام إبراهیم مصلی... ومطلق الأمر لوجوب العمل وروی أن النبی صـلّی الله علیه [وآله] وسـلم لمّا فرغ من الطواف أتی المقام وصـلّی عنـده رکعتین وتلا قوله تعالی (وَ اتَّخِذُوا مِنْ مَقامِ إِبْراهِیمَ مُصَلًّی) وروی عن عمر... أنّه نسی رکعتی الطواف فقضا هما بذی طوی. فدل أنّها واجبه».(۲)

و در کتـاب الحـج و العمره فی الفقه الإسـلامی آمـده: «رکعتـا الطواف بعـد کـلّ سـبعه أشواط: واجب عنـد الحنفیه و المـالکیه. وذهب الشافعیه والحنابله إلی أنّها سنّه مؤکده».(۳)

این دو عبارت به وضوح قول به وجوب را به حنفی ها منسوب می نماید.

د: شافعی ها

از شـافعی هـا دو قول نقـل شـده. نووی در شـرح مهـذّب آورده: «فأجمع المسـلمون علی أنّه ینبغی لمن طـاف أن یصـلّی بعـده رکعتین عند المقام لما سبق من الأدله وهل هما واجبتان أم سنتان فیه قولان مشهوران ذکرهما المصنف بدلیلهما: أحدهما باتفاق الأصـحاب سـنه والثـانی واجبتـان. ثم الجمهور أطلقوا القولین ولم یـذکروا أین نصّ الشـافعی علیهما مع اتفاقهم علی أن الأصـح کونهما سنه. وقال أبوعلی البندنیجی فی جامعه نصّ فی الجدید أنهما سنه قال وظاهر کلامه فی القدیم أنهما واجبتان وشذ

ص:۱۳۹

۱- (۱) عبدالرحمن جزیری، الفقه علی المذاهب الأربعه، ج ۱، ص ۶۵۸.

۲- (۲) ابوبکر بن مسعود کاشانی حنفی، بدایع الصنایع فی ترتیب الشرایع، ج ۲، ص ۱۴۸.

۳- (۳) نورالدین عتر، الحج والعمره فی الفقه الإسلامی، ص ۷۶.

الماوردی عن الأصحاب فقال علق الشافعی القول فی هاتین الرکعتین فخرجهما أصحابنا علی وجهین أحدهما واجبتان والثانی سنتان وکذا حکاهما الدارمی وجهین والصواب أنهما قولان منصوصان هذا إذا کان الطواف فرضاً».(۱)

نووی در این عبارت سنت را در مقابل وجوب قرار داده و سنت بودن نماز طواف را اصح نزد شافعی ها دانسته و در چند صفحه بعد آورده: «فرع: رکعتا الطواف سنه علی الأصح عندنا وبه قال مالك وأحمد وداود وقال أبوحنیفه واجبتان».(۲)

و اما متن مهذب این چنین است: «وإذا فرغ من الطواف صلّی رکعتی الطواف وهل یجب ذلك فیه قولان أحدهما: أنها واجبه لقوله عز و جل (وَ اتَّخِذُوا مِنْ مَقامِ إِبْراهِيمَ مُصَلًّی) والأمر یقتضی الوجوب والثانی: لا یجب لأنها صلاه زائده علی الصلوات الخمس فلم یجب بالشرع علی الأعیان کسائر النوافل. والمستحب أن یصلّیهما عند المقام لما روی جابر ان رسول الله صلّی الله علیه [وآله] وسلم طاف بالبیت سبعاً وصلّی خلف المقام رکعتین. فإن صلّاهما فی مکان آخر جاز لما روی أنّ عمر... طاف بعد الصبح ولم یر أنّ الشمس قد طلعت فرکب فلما أتی ذاطوی اناخ راحلته وصلّی رکعتین. والمستحب أن یقرأ فی الأُولی بعد الفاتحه (قُلْ يا أَيُّهَا الْكافِرُونَ) وفی الثانیه (قُلْ هُوَ اللهُ أَحَدٌ) لما روی جابر أنّ النبی صلّی الله علیه [وآله] وسلم قرأ فی رکعتی الطواف (قُلْ هُوَ اللهُ أَحَدٌ) و (قُلْ يا أَيُّهَا الْكافِرُونَ) ...».(۳)

در این عبارت به استدلال جهت قول وجوب و عدم وجوب پرداخته:

دلیل وجوب را آیه ی شریفه ی ۱۲۵ سوره ی بقره ذکر می کند؛

و دلیل عدم وجوب را انحصار نمازهای واجب در نمازهای پنج گانه برشمرده است.

۱- (۱) نووی، المجموع، ج ۸، ص ۵۱.

۲- (۲) همان، ص ۶۲.

۳- (۳) همان، ص ۴۹.

مرحوم شیخ طوسی نیز قول به عدم وجوب را در نزد شافعی ها أصحّ می داند.(۱)

و اما متأخرین به شافعی ها نسبت داده اند قول به عدم وجوب را.(۲)

ه -: حنبلی ها

حنبلی ها دو رکعت نماز طواف را سنت مؤکد غیر واجب می دانند.(۳)

ابن قدامه در المغنی آورده: ورکعتا طواف سنه مؤکده غیر واجبه، وبه قال مالک وللشافعی قولان أحدهما أنهما واجبتان لأنهما تابعتان للطواف فکانا واجبتین کالسعی.

ولنا قوله (علیه السلام): «خمس صلوات کتبهن الله علی العبد من حافظ علیهن کان له عندالله عهد أن یدخله الجنّه»، وهذه لیست منها ولما سأل الأعرابی النبی (صلی الله علیه و آله) عن الفرائض ذکر الصلوات الخمس قال: فهل علی غیرها؟ قال: «لا إلّا أن تطوّع» ولأنها صلاه لم تشرع لها جماعه فلم تکن واجبه کسائر النوافل. والسعی ما وجب لکونه تابعاً ولا هو مشروع مع کل طواف ولو طاف الحاج طوافاً کثیراً لم یجب علیه إلا سعی واحد، فإذا أتی به مع طواف القدوم لم یأت به سعی بعد ذلک بخلاف الرکعتین فإنهما یشرعان عقیب کل طواف».(۴)

در این عبارت ابن قدامه حنبلی با استدلالی شبیه آنچه گذشت (انحصار نمازهای واجب در نمازهای پنج گانه) و ذکر روایتی از نبی اکرم (صلی الله علیه و آله) نظریه ی عدم وجوب را توجیه نموده است.

علامه نیز در تذکره به احمد حنبل نسبت می دهد قول به استحباب را.(۵)

۱- (۱) شیخ طوسی، الخلاف، ج ۲، ص ۳۲۷.

۲- (۲) نورالدین عتر، الحج والعمره فی الفقه الإسلامی، ص ۷۶ و أحمد عبدالقادر معبی، توضیح المناسک علی المذاهب الأربعه، ص ۸۱ و ۱۲۴.

۳- (۳) موفق الدین بن قدامه، المغنی، ج ۳، ص ۴۰۵ و شمس الدین بن قدامه، الشرح الکبیر، ج ۳، ص ۴۱۴.

۴- (۴) موفق الدین بن قدامه، المغنی، ج ۳، ص ۴۰۵.

۵- (۵) علّامه حلّی، تذکره الفقهاء، ج ۸، ص ۹۵.

عبارت علامه این چنین است: والشافعی فی القول الثانی، وأحمد: أنهما مستحبتان – وهو قول شاذّ من علمائنا – لأنها صلاه لم یشرع لها أذان ولا إقامه، فلا تکون واجبه. قلنا: تکون واجبه، ولایسنّ لها الأذان، وکذا العید الواجب والکسوف(۱).

در این عبارت علامه ی حلی در جواب به استدلال مذکور آورده اند:

ما نمازهایی داریم که واجب است غیر از نمازهای پنج گانه – هرچند اذان و اقامه هم ندارد – مانند نماز عید و نماز کسوف.

و: وهابی ها

از فتاوای برخی از وهابی های معاصر در عربستان برمی آید که آنان در این مسأله تابع فقه حنبلی و شافعی هستند لذا فتوا به استحباب نماز طواف داده اند و گفته اند: اگر نماز طواف را فراموش نمود اشکال ندارد زیرا که سنت است و واجب نیست.(۲)

توضیح اینکه وهابی ها پیشینه ی حنبلی دارند و پیرو این گروه بوده اند.

مبحث سوم: ادلّه ی قائلین به وجوب نماز طواف

اجماع(۳) و شهرت عظیمه(۴) ؛

آیه ی کریمه (واتخذوا من مقام إبراهیم مصلی)(۵)

شهرت عظیمه بلکه اجماع وجود دارد در این باره که این آیه ی کریمه مربوط به نماز طواف است. و حتی کسانی که قائل به عدم وجوب نماز طواف هستند – و نماز

۱- (۱) همان.

۲- (۲) مهدی پیشوایی و حسین گودرزی، بحث هایی از فقه تطبیقی، ص ۸۵؛ نقل می کند از بن باز، الفتاوی المهمه، ص ۴۱.

۳- (۳) ر. ک: سید عبدالاعلی سبزواری، مهذب الأحکام، ج ۱۴، ص ۹۵. و سید ابوالقاسم موسوی خوئی، المعتمد فی شرح المناسک، ج ۲۹، ص ۱۰۰.

۴- (۴) محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۱۹، ص ۳۰۰.

۵- (۵) سوره ی بقره آیه ی ۱۲۵.

طواف را مستحب می دانند - آیه ی شریفه را مربوط به نماز طواف دانسته اند(۱). منتها به خاطر توهماتی دست از ظهور آیه برداشته اند. نووی شافعی در شرح مهذّب آورده: «فإن قیل: کیف یصح استدلال المصنف بهذه الآیه مع أن الذی فیها إنما هو الأمر بالصلاه ولا یلزم أن تکون صلاه الطواف فالجواب: أن غیر صلاه الطواف لایجب عند المقام بالإجماع فتعینت هی».(۲)

و در صدر کلام خود روایت جابر بن عبدالله را نقل می کند از صحیح مسلم و از بیهقی بدین مضمون که پیامبر (صلی الله علیه و آله) پس از طواف به طرف مقام رفتند و کریمه ی (واتخذوا من مقام إبراهیم مصلی) را قراءت فرمودند و بعد دو رکعت نماز خواندند(۳). علاّمه حلّی نیز آیه را دال علاّمه حلّی نیز آیه را دالّ بر وجوب نماز طواف دانسته اند و فرمودند: پیامبر (صلی الله علیه و آله) به مردم تفهیم کردند که آیه امر به این نماز نموده و الامر للوجوب(۴).

تأسّی به نبی اکرم (صلی الله علیه و آله)(۵). چه اینکه از مسلمات است که پیامبر بعد از طواف نماز گذارده اند و این فعل پیامبر (صلی الله علیه و آله) در مقام بیان بوده است.

علاّمه حلّی در منتهی المطلب در بیان ادله ی وجوب نماز طواف فرموده اند: «ولأنّ النبی (صلی الله علیه و آله) فَعَلَهما فی بیان الحج، فکان واجباً؛ لأنّ بیان الواجب واجب. وقوله (علیه السلام): «خذوا عنی مناسککم»(۶).(۷) وکلام ایشان شاید به این

۱- (۱) ابن قدامه، المغنی، ج ۳، ص ۴۰۴.

۲- (۲) نووی، المجموع، ج ۸، ص ۵۰.

۳- (۳) نووی، المجموع، ج ۸، ص ۵۰ و ابن قدامه، المغنی، ج ۳، ص ۴۰۴.

۴- (۴) علاّمه حلّی، تذکره الفقهاء، ج ۸، ص ۹۴.

۵- (۵) محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۱۹، ص ۳۰۱.

۶- (۶) صحیح مسلم، ج ۲، ص ۹۴۳، ح ۱۲۹۷ و....

۷- (۷) علاّمه حلّی، منتهی المطلب، ج ۱۰، ص ۳۲۵.

معنا باشد که مبین در مقام بیان وجوب، واجب است. شیخ طوسی نیز می نویسند: «ولا خلاف أن النبی (صلی الله علیه و آله) صلاهما، وظاهر ذلک یقتضی الوجوب».(۱)

نصوص و روایات مستفیضه(۲) بلکه متواتره.(۳)

در «المعتمد» چنین آمده است: ویدل علیه [أی وجوب صلاه الطواف] أخبار مستفیضه:

ومنها: الأخبار البیانیه؛

ومنها: الأخبار الخاصّه الآمره بالصلاه والطواف کصحیحه معاویه بن عمار: «تجعله (أی المقام) اماما» - بفتح الألف أو کسره -؛

ومنها: ماورد فی نسیان صلاه الطواف وأنّه یعود ویصلّی؛

ومنها: ماورد من أنّه یصلّیها بعد رجوعه إلی محلّه وأهله.(۴)

ما در این مقام به ذکر دو روایت بسنده می کنیم:

عن محمد بن یعقوب، عن علی بن ابراهیم، عن أبیه، عن حمّاد بن عیسی، عن حریز، عن محمد بن مسلم، قال سألت أباجعفر (علیه السلام) عن رجل طاف طواف الفریضه وفرغ من طوافه حین غربت الشمس، قال: وجبت علیه تلک الساعه الرکعتان فلیصلهما قبل المغرب.(۵)

وعن علی، عن أبیه، عن ابن أبی عمیر، وعن محمد بن إسماعیل، عن الفضل بن شاذان، عن ابن أبی عمیر، وصفوان بن یحیی، عن معاویه بن عمّار قال: قال أبوعبدالله (علیه السلام): إذا فرغت من طوافک فائت مقام إبراهیم فصلّ رکعتین -

---

۱- (۱) شیخ طوسی، الخلاف، ج ۲، ص ۳۲۷.

۲- (۲) سید عبدالأعلی سبزواری، همان، ص ۹۵.

۳- (۳) سید ابولقاسم موسوی خوئی، المعتمد فی شرح المناسک، ج ۲۹، ص ۱۰۰.

۴- (۴) همان.

۵- (۵) محمد بن الحسن الحر العاملی، وسائل الشیعه، کتاب الحج، ابواب الطواف، باب ۷۶، ح ۱ - ج ۱۳، ص ۴۳۴.

إلى أن قال: – وهاتان الركعتان هما الفريضه ليس يكره لك أن تصليهما فى أى الساعات شئت، عندطلوع الشمس وعند غروبها، لاتؤخرها ساعه تطوف وتفرغ فصلهما.(۱)

این دو روایت مرتبط با وقت نماز طواف است که می تواند طایفه ی پنجم از روایات دالّ بر وجوب نماز طواف باشد علاوه بر طوایفی که حضرت آیه الله خویی ذکر نمودند.

اقتضای طریق احتیاط:

مرحوم شیخ طوسی در خلاف در مقام تبیین ادله ی وجوب نماز طواف آورده اند: «وطریقه الاحتیاط أیضاً تقتضیه، لأنّه اذا صلاّهما برئت ذمّته بیقین، وإذا لم یصلّهما فیه الخلاف».

مبحث چهارم: مکان نماز طواف

ظهور آیه ی کریمه به روشنی مبین آن است که مقام ابراهیم باید مصلّای نماز طواف باشد. ولکن معهذا در این زمینه اختلاف نظر وجود دارد.

نووی در شرح مهذّب آورده: قال ابن المنذر أجمع العلماء على أنّ ركعتی الطواف تصحان حیث صلاهما إلا مالكاً فإنّه كره فعلهما فی الحجر وقال الجمهور یجوز فعلها فی الحجر كغیره وقال مالك إذا صلاهما فی الحجر أعاد الطواف والسعی إن كان بمكه فإن لم یصلهما حتى رجع إلى بلاده أراق دماً ولا إعاده علیه قال ابن المنذر لا حجه لمالك على هذا لأنّه إن كانت صحیحه فلا إعاده سواء كان بمكه أو غیرها وإن كانت باطله فینبغی أن یجب إعادتها وإن رجع. فأمّا وجوب الدم فلا أعلمه یجب فی شیءٍ من أبواب الصلاه.(۲)

و در جواب این مطلب که با توجه به ظهور آیه ی کریمه و سنت نبوی چرا مقام

۱- (۱) همان، ح ۳.

۲- (۲) نووی، المجموع، ج ۸، ص ۶۲.

ابراهیم را شرط نمی دانند به عمل عمر استدلال می کند که نماز را در «ذی طوی» خوانده است و یا به روایتی از بخاری که جناب امّ سلمه طواف را بر شتر انجام داد و نماز طواف نخواند و خارج شد(۱).

وی در عبارتش آورده: «فإن قیل: فأنتم لاتشترطون وقوعها خلف المقام بل تجوز فی جمیع الأرض. قلنا: معنی الآیه الأمر بصلاه هناک وقامت الدلائل السابقه علی أنّها یجوز فعلها فی غیر المقام والله أعلم».(۲)

او در این کلام به ظهور آیه اعتراف کرده، ولی ادّعای ادلّه ای می کند که از ظهور آیه صرف نظر کنیم، و دو دلیل ذکر کرده:

فعل عمر: از او نقل می کنند که نماز طواف را در «ذی طوی» خوانده(۳) و یا اینکه از او نقل می کنند که نماز طواف را خارج از حرم خوانده.(۴)

در مذهب حقّه ی ما قول و فعل عمر حجیت ندارد و آنچه حجّت است قول و فعل رسول گرامی (صلی الله علیه و آله) می باشد؛ از این گذشته کاشانی حنفی در بدایع الصنایع به عمر نسبت می دهد که نماز طواف را فراموش کرد و آن را در ذی طوی قضا کرد.(۵) گرچه دلیل و مؤیدی برای این ادعای خود ارائه نمی دهد.

روایت جناب امّ سلمه: در مورد این روایت با صرف نظر از مباحث سندی باید گفت که دلالت بر این ندارد که جایز است نماز طواف واجب را در غیر مقام خواند. چه اینکه احتمال دارد پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) امّ سلمه را امر کرده باشند که طواف مستحب انجام دهد. و نماز طواف استحبابی، مستحب است.(۶)

۱- (۱) همان.

۲- (۲) همان.

۳- (۳) بیهقی، السنن الکبری، ج ۵، ص ۹۱.

۴- (۴) بخاری، صحیح بخاری، ج ۲، ص ۱۹۸، و نووی، المجموع، ج ۸، ص ۵۰.

۵- (۵) ابوبکر بن مسعود کاشانی حنفی، بدایع الصنایع فی ترتیب الشرایع، ج ۲، ص ۱۴۸.

۶- (۶) علّامه حلّی، تذکره الفقهاء، ج ۸، ص ۹۴ و ۹۷؛ أحمد نراقی، مستند الشیعه، ج ۱۲، ص ۱۳۶.

روایت امّ سلمه بدین شرح است: «عن عروه عن أم سلمه رضی الله عنها زوج النبی وصلّی الله علیه [وآله] وسلم أن رسول الله صلّی الله علیه [وآله] وسلم قال وهو بمکه وأراد الخروج ولم تَکنْ امّ سلمه طافَتْ بالبیت وأرادت الخروج فقال لها رسول الله صلّی الله علیه [وآله] وسلم: «إذا أقیمت صلاه الصُبح فطوفی علی بعیرک والناس یصلّون»؛ ففعلت ذلک فَلَمْ تُصَلِّ حتّی خَرَجَتْ».(۱) و به احتمال معتنا به این طواف، طواف وداع بوده به نظر علمای مذهب حقه ی امامیه این طواف مستحب است(۲) ، و همچنین در بین اهل سنت نیز قائل به استحباب دارد؛ چه اینکه در «فقه السنه» آمده است: «فقال مالک وداود وابن المنذر: أنّه سنه، لایجب بترکه شیء. وهو قول الشافعی. وقالت الأحناف والحنابله، وروایه عن الشافعی: أنّه واجب، یلزمُ بترکه دم».(۳)

و بنابر نظر مشهور علمای حقه ی امامیه ترک عمدی نماز طواف مستحب جایز است.(۴)

و بدین جهت فعل ام سلمه منافاتی با حکم در نزد مذهب حقه ی امامیه ندارد.

همچنین آنچه از عبارت ابن قدامه ی حنبلی استفاده می شود اینکه هرجا این نماز را بخواند کافی است(۵) ، گرچه مستحب است پشت مقام ابراهیم بخواند.(۶)

و در «فقه علی مذاهب الأربعه» از قول حنفی ها آورده: «ویستحب أدائهما خلف المقام ثم فی الکعبه، ثم فی الحجر تحت المیزاب، ثم کل ما یقرب من الحجر - بالکسر -

---

۱- (۱) بخاری، صحیح بخاری، ج ۲، ص ۱۸۹.

۲- (۲) سید محمدصادق روحانی، فقه الصادق، ج ۱۲، ص ۲۲۱؛ و مناسک حج، ص ۳۵۷.

۳- (۳) سید سابق، فقه السنه، ج ۱، ص ۶۶۶.

۴- (۴) مناسک حج، ص ۳۵۵.

۵- (۵) «وحیث رکعهما ومهما قرأ فیهما جاز فإن عمر رکعهما بذی طوی». ابن قدامه، المغنی، ج ۳، ص ۴۰۴.

۶- (۶) «ویستحب أن یرکعهما خلف المقام لقوله تعالی: (واتخذوا من مقام إبراهیم مصلی)». ابن قدامه، همان.

إلى البيت، ثم المسجد، ثم الحرم، فإن صلاهما خارج الحرم أساء».(۱) و باتوجه به روایت بخاری که عمر نمازش را خارج از حرم خوانده، باید به فکر چاره باشند؛ چه اینکه بخاری در عنوان باب آورده: «باب من صلّی رکعتی الطواف خارجاً من المسجد وصلّی عمر خارجاً من الحرم».(۲) همچنین عبدالرحمن جزیری از قول مالک نقل کرده که: «مستحب است آن دو رکعت پشت مقام به جا آورده شود»(۳)، و نووی در شرح مهذّب آورده که: «مالک نماز طواف را در حِجر بد می داند».(۴)

نووی در شرح مهذّب می آورد: «فرع یستحب أن یصلّیهما خلف المقام فإن لم یفعل ففی الحجر تحت المیزاب وإلاّ ففی المسجد وإلاّ ففی الحرم فإن صلاّهما خارج الحرم فی وطنه أجزأته»(۵) و علاّمه حلّی با اشاره به کلام فوق می فرمایند: «والقرآن(۶) یبطله»(۷): قرآن باطل می کند این کلام را.

مبحث پنجم: زمان نماز طواف

ماردینی در الجوهر النقی که همراه با سنن بیهقی چاپ شده آورده است: «کره الثوری وأبوحنیفه وأصحابه الطواف بعد الصبح والعصر فان فعل قالوا لایرکع حتی تطلع الشمس أو تغرب».(۸)

همچنین مالک در مُوَطّأ روایتی آورده که: «عن حُمید بن عبدالرحمن بن عوف أن عبدالرحمن ابن عبدالقاری أخبره: أنّه طاف بالبیت مع عمر بن الخطّاب بعد صلاه

۱- (۱) عبدالرحمن جزیری، الفقه علی مذاهب الأربعه، ج ۱، ص ۶۵۸.

۲- (۲) بخاری، صحیح بخاری، ج ۲، ص ۱۸۹.

۳- (۳) عبدالرحمن جزیری، الفقه علی المذاهب الأربعه، ج ۱، ص ۶۵۴.

۴- (۴) نووی، المجموع، ج ۸، ص ۶۲.

۵- (۵) همان، ص ۵۳.

۶- (۶) سوره ی بقره، آیه ی ۱۲۵.

۷- (۷) علاّمه حلّی، تذکره الفقهاء، ج ۸، ص ۹۷.

۸- (۸) سنن بیهقی، ج ۵، ص ۹۲.

الصبح فلمّا قضيعمر طوافه نظر فلم ير الشمس طَلَعَتْ فَرَكبَ حتی أناخ بذی طوی فصلّی رکعتین سنه الطواف».(۱) و زرقانی در شرح توضیح اینکه چرا عمر نماز طواف را به تأخیر انداخته می گوید: «(فرکب) بدون صلاه رکعتی الطواف لأنّه کان لایری النفل بعد الصبح مطلقاً حتی تطلع الشمس».(۲)

همچنین ماردینی از معاذ بن عفراء نقل می کند که: «أنّه طاف بعد العصر أو الصبح فلم یصل وقال: قال رسول الله صلّی الله علیه [وآله] وسلم: لاصلاه بعد الغداه حتی تطلع الشمس ولابعد العصر حتی تغرب».(۳)

ولکن بیهقی در سنن خود نقل می کند که ابن عباس دو رکعت نماز طواف را بعد از عصر بجا آورد و از ابن عمر و حسن و حسین و أبی درداء رضی الله عنه نقل می کند که ابن عمر نماز طواف را بعد از نماز صبح خوانده و بقیه نماز طواف را بعد از نماز عصر خوانده اند.(۴) همچنین روایتی نقل می کند از جبیر بن مطعم از پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) که فرموده اند:

«یا بنی عبدمناف لاتمنعوا أحداً طاف بهذا البیت وصلّی أی ساعه شاء من لیل ونهار».(۵)

و در فقه السنه آمده: «وتؤدیان فی جمیع الأوقات، حتی أوقات النهی. فعن جبیر بن مطعم أن النبی صلّی الله علیه وآله قال: الحدیث. ورواه أحمد، وأبو داود، والترمذی، وصححه. وهذا مذهب الشافعی، وأحمد».(۶)

ابن رشد سه قول در مسأله طرح می کند:

اجازه ی طواف بعد از صبح و عصر؛

ص:۱۴۹

۱- (۱) شرح الزرقانی علی مُوَطَّأ مالک، ج ۲، ص ۳۰۸.

۲- (۲) همان.

۳- (۳) سنن بیهقی، ج ۵، ص ۹۱.

۴- (۴) همان، ص ۹۲.

۵- (۵) همان.

۶- (۶) سید سابق، فقه السنه، ج ۱، ص ۶۲۱.

کراهت طواف بعد از صبح و عصر و منع آن در هنگام طلوع وغروب؛

اباحه ی آن در تمام اوقات؛

سپس می گوید: «وأصول أدلتهم راجعه إلی منع الصلاه فی هذه الأوقات أو إباحتها، أما وقت الطلوع والغروب فالآثار متفقه علی منع الصلاه فیها، والطواف هل هو ملحق بالصلاه فی ذلک الخلاف؟

ومما احتجت به الشافعیه حدیث جبیر بن مطعم انّ النبی علیه [وآله] الصلاه والسلام قال: «یا بنی عبدمناف أو یا بنی عبدالمطلب إن ولیتم هذا الأمر شیئاً فلا تمنعوا أحداً طاف بهذا البیت أن یصلّی فی أی ساعه شاء من لیل أو نهارٍ»، ورواه الشافعی وغیره عن ابن عیینه بسنده إلی جبیر بن مطعم».(۱)

و نهایت چیزی که ابن رشد در این کلام اثبات می کند اینکه نماز طواف عند الطلوع و الغروب کراهت دارد.

و اما: علامه ی بزرگوار در تذکره آورده اند: «ومن طریق الخاصّه: قول الصادق (علیه السلام) - فی الصحیح -:

إذا فرغت من طوافک فأت مقام إبراهیم (علیه السلام). فصلّ رکعتین، واجعله أمامک، واقرأ فیهما سوره التوحید: (قل هو الله أحد). وفی الثانیه (قل یا أیها الکافرون)، ثمّ تشهّد واحمد الله وأثن علیه وصلّ علی النبی (صلی الله علیه و آله)، وسله أن یتقبّل منک، وهاتان الرکعتان هما الفریضه لیس یکره أن تصلّیهما أنّی الساعات شِئتَ: عند طلوع الشمس وعند غروبها، ولاتؤخّرها ساعه تطوف وتفرغ فصلّهما».(۲)

و روایت دیگری که در وسائل الشیعه آمده متذکر می شویم که از کافی شریف نقل می کند:

«عن علی بن إبراهیم، عن أبیه، عن ابن أبی عمیر، عن رفاعه قال: سألت أباعبدالله (علیه السلام) عن الرجل یطوف الطواف الواجب بعد العصر، أیصلّی

۱- (۱) محمد بن احمد بن رشد، بدایه المجتهد ونهایه المقتصد، ج ۱، ص ۵۸۳.

۲- (۲) علاّمه حلّی، تذکره الفقهاء، ج ۸، ص ۹۵. ر. ک: وسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۴۳۴.

الركعتين حين يفرغ من طوافه؟ فقال: نعم، أما بلغك قول رسول الله (صلى الله عليه و آله): يا بنى عبدالمطلب لاتمنعوا الناس من الصلاه بعد العصر فتمنعوهم من الطواف».(۱)

و در روايت ديگر نماز طواف واجب بعد از عصر و بعد از صبح را به امام حسن و امام حسين (عليهما السلام) نسبت می دهند.(۲)

مبحث ششم: اجزاء نمازهای ديگر از نماز طواف

نووی شافعی در مهذب آورده: «قال أصحابنا إذا قلنا ركعتا الطواف واجبتان لم تسقط بفعل فريضه ولاغيرها كما لاتسقط صلاه الظهر بفعل العصر. وإذا قلنا هما سنه فصلّی فريضه بعد الطواف أجزأه عنهما كتحيه المسجد وهكذا نص عليه الشافعی فی القديم وحكاه عن ابن عمر ولم يذكر خلافه وصرح به جماهير الأصحاب».(۳) و در چند صفحه بعد آورده است: «فرع: قد ذكرنا أن الأصحّ عندنا أن ركعتی الطواف سنه وفی قول واجبه. فإن صلّی فريضه عقب الطواف أجزأته عن صلاه الطواف إن قلنا هی سنه وإلا فلا وممن قال يجزئه عطاء وجابر بن زيد والحسن البصری وسعيد بن جبير وعبدالرحمن بن الأسود وإسحق.

قال ابن المنذر ورويناه عن ابن عباس. ولا أظنه يثبت عنه. وقال أحمد أرجو أنْ يجزئه. وقال الزهری ومالك وأبوحنيفه وأبوثور وابن المنذر لايجزئه».(۴)

ابن قدامه ی حنبلی نيز در المغنی آورده است: «وإذا صلّی المكتوبه أجزأته عن ركعتی الطواف وروی نحو ذلك عن ابن عباس، وعطاء وجابر بن زيد والحسن، وسعيد بن جبير، وإسحق. وعن أحمد: انّه يصلّی ركعتی الطواف بعد المكتوبه. قال

۱- (۱) وسائل الشيعه، همان.

۲- (۲) همان، ص ۴۳۵.

۳- (۳) نووی، المجموع، ج ۸، ص ۵۲.

۴- (۴) همان، ص ۶۳.

أبوبكر بن عبدالعزيز: هو أقْيس، وبه قال الزهری، ومالك، وأصحاب الرأی لأنّه سنّه فلم تُجْزِ عنها المكتوبه، كركعتی الفجر.

ولنا: أنهما ركعتان شُرّعتا للنسک. فأجزأت عنهما المكتوبه، كركعتی الإحرام».(۱)

همچنین در كتاب الحج و العمره فی الفقه الإسلامی آمده: «فلو صلّی الفریضه بعد الطواف أو نافله اخری أجزأته عن ركعتی الطواف عند الشافعیه والحنابله».(۲)

و بعد كلامی از قلیوبی شافعی نقل می كند مبنی بر اینكه یک نماز طواف می تواند از چند نماز طواف مجزی باشد.(۳) در «فقه السنه» هم به شافعیه و مشهور از مذهب احمد نسبت داده اجزاء فریضه را به خلاف مالك و أحناف.(۴)

ولكن علّامه حلّی در تذكره می فرمایند: «ولاتجزئ الفریضه عن هاتین الركعتین».(۵) همچنین علّامه كلام دیگری نیز دارند كه از آن استفاده می شود عدم اجزاء: ایشان می فرمایند: «ولو صلّی المكتوبه بعد الطواف، لم تجزئه عن الركعتین – وبه قال الزهری ومالک وأصحاب الرأی – لأنها فریضه، فلا یجزی غیرها عنها كغیرها من الفرائض المتعدده. وطواف النافله سنه، فلایجزئ الفریضه عنه، كركعتی الفجر».(۶)

و در جواب ابن قدامه كه قیاس كرده بود مورد را به نماز احرام فرموده اند: «والجواب: النافله فی الإحرام بدل عن الإحرام عقیب الفرضیه، بخلاف صوره النزاع».(۷)

به هر حال آنچه در این باره می توان گفت اینكه اصل عدم اجزاء است مگر آنكه

۱- (۱) ابن قدامه، المغنی.

۲- (۲) نورالدین عتر، الحج والعمره فی الفقه الإسلامی، ص ۷۷.

۳- (۳) همان نقل می كند از: حاشیه القلیوبی علی شرح المنهاج، ج ۲، ص ۱۰۸ و ۱۰۹.

۴- (۴) سید سابق، فقه السنه، ج ۱، ص ۶۲۲.

۵- (۵) علّامه حلّی، تذكره الفقهاء، ج ۸، ص ۹۷.

۶- (۶) همان، ص ۹۹.

۷- (۷) همان، ص ۹۹ و ۱۰۰.

به دلیل معتبری اجزاء ثابت شود. و فقیه متتبعی مانند علاّمه حلّی ظاهراً به چنین دلیلی دست نیافته اند. و اما اینکه ابن قدامه قیاس کرده به نماز احرام؛ در جواب باید گفت: اولاًـ قیاس حجّت نیست، و ثانیاً: در مورد نماز احرام دلیل داریم که مرحوم علاّمه در منتهی المطلب آورده است: وفی الصحیح عن معاویه بن عمّار، عن أبی عبدالله (علیه السلام) إنّه قال: «لایکون إحرام، إلاّ فی دبر صلاه مکتوبه أو نافله» الحدیث(۱). که این روایت دلالت دارد بر اینکه نماز فریضه و نافله هر دو مجزی است برای احرام. ولی چنین دلیلی در مورد نماز طواف ظاهراً وجود ندارد.

مبحث هفتم: نشسته خواندن نماز طواف

نووی شافعی در شرح مهذّب آورده: «إذا قلنا صلاه الطواف سنه جاز فعلها قاعداً مع القدره علی القیام کسائر النوافل وإن قلنا واجبه فهل یجوز فعلها قاعداً مع القدره علی القیام؟ فیه وجهان حکاهما الصیمری وصاحبه الماوردی فی الحاوی وصاحب البیان. أصحهما: لایجوز کسائر الواجبات. والثانی: یجوز کما یجوز الطواف راکباً ومحمولاً مع القدره علی المشی والصلاه تابعه للطواف».(۲)

به هر حال ظاهراً زیر بنای قول به جواز جلوس – مع التمکن من القیام – در حال نماز طواف، قول به استحباب این نماز است، و این قول در نزد فقهای امامیه مطرود است. همچنین این مطلب که گفته می شود: چون طواف راکباً و محمولاًـ صحیح است، پس نماز طواف جالساً صحیح است؛ قیاس و باطل است. به صورت کلی هر چه در زمینه ی احکام و مخصوصاً عبارات گفته می شود، احتیاج به دلیل معتبر و بیان معصومین: دارد.

در این باره آنچه می توان گفت اینکه روایات مطلقه ای داریم مبنی بر اشتراط قیام در نماز؛ از جمله:

۱- (۱) علاّمه حلّی، منتهی المطلب، ج ۱۰، ص ۲۰۸.

۲- (۲) نووی، المجموع، ج ۸، ص ۵۲.

محمد بن یعقوب، عن علی بن إبراهیم، عن أبیه، عن ابن محبوب، عن أبی حمزه، عن أبی جعفر (علیه السلام) فی قول الله عز و جل (الَّذِینَ یَذْکُرُونَ اللَّهَ قِیاماً وَ قُعُوداً وَ عَلی جُنُوبِهِمْ)۱ قال: الصحیح یصلّی قائماً والمریض یصلّی جالساً، وعلی جنوبهم الذی یکون أضعف من المریض الذی یصلی جالساً.(۱)

محمد بن علی بن الحسین بإسناده عن زراره قال: قال أبوجعفر (علیه السلام) - فی حدیث - وقم منتصباً فإنّ رسول الله (صلی الله علیه و آله) قال:

من لم یقم صلبه فلاصلاه له.(۲)

و در مقابل این روایات - با مراجعه ی به وسائل الشیعه أبواب القیام(۳) ومراجعه ی به أبواب مربوط به نماز طواف(۴) - مخصص ومقیدی یافت نشد، بلکه روایت خاصه ای هست درخصوص نماز طواف که بیان می دارد نشسته خواندن نماز طواف جایز نیست. روایت چنین است:

محمد بن علی بن الحسین بإسناده عن علی بن نعمان، عن یحیی الأزرق، عن أبی الحسن (علیه السلام) قال: قلت له: إنی طفت أربع أسابیع وأعییت، أفأُصلّی رکعاتها وأنا جالس؟ قال: لا، قلت: فکیف یصلّی الرجل صلاه اللیل إذا أعیی أو وجد فتره وهو جالس؟ قال: فقال: یستقیم أن تطوف وأنت جالس؟ قلت: لا. قال: فتصلهما وأنت قائم.(۵)

مرحوم شیخ حر عاملی روایت را مربوط به طواف مستحب دانسته اند و در عنوان باب آورده اند: «باب حکم صلاه الطواف المندوب من جلوس». به هر حال -

---

۱- (۲) حر عاملی، وسائل الشیعه، کتاب الصلاه، ابواب القیام، باب ۱، ح ۱، ج ۵، ص ۴۸۱.

۲- (۳) همان، باب ۲، ح ۱، ص ۴۸۸.

۳- (۴) همان، ج ۵، ص ۴۸۱ به بعد.

۴- (۵) همان، کتاب الحج، ابواب الطواف، ابواب ۷۱ تا ۸۰، ج ۱۳، ص ۴۲۲ تا ۴۴۱.

۵- (۶) همان، أبواب الطواف، باب ۷۹، ح ۱، ج ۱۳، ص ۴۴۰.

چه روایت مربوط به طواف مفروض باشد و چه مربوط به طواف مندوب - لزوم ایستاده خواندن نماز طواف از روایت قابل استفاده است، و در صورتی که مربوط به طواف مستحب باشد به طریق اولی دلالت بر این مطلب دارد؛ زیرا در صورتی که در نماز طواف مندوب قیام لازم باشد - و حال آنکه در مستحبات نوعا مبنا بر تسامح است - به طریق اولی در نماز طواف واجب قیام لازم است.

مبحث هشتم: محاذات مرد و زن در نماز طواف

فی کتاب (العلل): عن محمد بن الحسن بن الولید، عن الصفّار، عن العباس بن معروف، عن علی بن مهزیار، عن فضاله، عن أبان، عن الفضیل، عن أبی جعفر (علیه السلام) قال: إنّما سمّیت مکه بکه لأنّه تبک فیها الرجال والنساء، والمرأه تصلّی بین یدیک وعن یمینک وعن یسارک ومعک ولا بأس بذلک، وإنّما یکره فی سائر البلدان(۱).

آیه الله خوئی در المستند این روایت را صحیحه توصیف نموده اند(۲).

امام خمینی در مناسک خود آورده اند: محاذات زن و مرد هنگام نماز طواف به صحت نماز ضرر نمی زند(۳). و ظاهراً همین نظر مشهور بین متأخرین است.

همچنین نظر آیه الله سید موسی شبیری زنجانی در این باره چنین است:

«از احکام مسجدالحرام و اطراف نزدیک آن - که محل تراکم نمازگزاران است - آن است که بانوان می توانند در کنار مردان، بلکه جلوتر از آنها نماز بخوانند و این امر کراهت نیز ندارد»(۴).

۱- (۱) همان، أبواب مکان المصلی، باب ۵، ح ۱۰ - ج ۵، ص ۱۲۶.

۲- (۲) سید ابوالقاسم موسوی خوئی، المستند فی شرح العروه الوثقی، ج ۱۳ از موسوعه الإمام الخوئی، ص ۱۰۹.

۳- (۳) مناسک حج، ص ۳۷۱، مسأله ی ۸۰۶.

۴- (۴) سید موسی شبیری زنجانی، مناسک زائر، ص ۱۵۰، مسأله ی ۳۷۲.

خلاصه

(واتخذوا من مقام إبراهيم مصلی)

به اجماع تمام فرق مسلمین نماز طواف سنت نبوی است و نماز طواف در مذهب حقّه ی امامیه از واجبات است، کما اینکه برخی دیگر از فرق نیز بر این عقیده اند از جمله حنفی ها. و برخی دیگر آن را مندوب می دانند از جمله حنبلی ها.

از ادله ای که بر وجوب نماز طواف اقامه شده آیه ی کریمه ی ۱۲۵ سوره ی بقره و طوایفی از روایات است که تصریحاً و تلویحاً دلالت بر وجوب نماز طواف دارد.

مکان نماز طواف به نظر مذهب حقّه ی امامیه نزد مقام ابراهیم و در بعضی روایات پشت مقام ابراهیم است. همچنین آنچه به نظر می آید اینکه نماز طواف و اصل طواف در اوقات پنج گانه ای که برای کراهت نماز نافله بر شمرده شده (بعد نماز صبح و بعد نماز عصر و هنگام بلند شدن خورشید و هنگام طلوع و غروب خورشید) مکروه نمی باشد، کما اینکه در اصل کراهت نماز نافله در اوقات مذکوره اشکال وجود دارد کما اینکه آیه الله سید محمّدکاظم طباطبایی در العروه الوثقی و آیه الله خوئی در «المستند فی شرح العروه الوثقی»(۱) به آن اشاره کرده اند. همچنین بنابر آنچه گذشت نشسته خواندن نماز طواف مع التمکن من القیام جایز نمی باشد.

در مورد إجزاء نمازهای دیگر از نماز طواف نیز باید گفت: اصل عدم إجزاء است و إجزاء احتیاج به اثبات دارد.

در رابطه ی با محاذات مرد و زن در نماز طواف هم مشهور بین متأخرین جواز و صحت نماز در این حالت می باشد.

وصلی الله علی سیدنا محمّد وآله طاهرین

والحمد لله ربّ العالمین

۱- (۱) ر. ک: المستند فی شرح العروه الوثقی، ج ۱۱ از موسوعه الإمام الخوئی، ص ۳۶۷.

منابع ومآخذ

۱. قرآن کریم.

۲. البرهان، سید هاشم بحرانی، قم، دارالتفسیر، الطبعه الأُولی، ۱۴۱۷ ه. ق.

۳. التبیان، شیخ طوسی، نجف، مکتبه الامین.

۴. تسنیم، عبدالله جوادی آملی، قم، نشر اسراء.

۵. تفسیر عیاشی، مسعود بن عیاش، تهران، علمیه إسلامیه.

۶. تفسیر القرآن الکریم، سید عبدالله شبّر، بیروت، اعلمی.

۷. تفسیر نمونه، ناصر مکارم شیرازی، تهران، دارالکتب الإسلامیه، چاپ ۱۳۸۱ ه. ش.

۸. الجدول فی إعراب القرآن وصرفه وبیانه، محمود صافی.

۹. الکشاف، زمخشری، دارالمعرفه.

۱۰. معجم إعراب ألفاظ القرآن الکریم (با مقدمه ی محمد سید طنطاوی).

۱۱. جامع البیان، طبری، دارالمعرفه.

۱۲. معانی القرآن واعرابه، زجاج، بیروت، عالم الکتب. الطبعه الأُولی ۱۴۲۴ ه. ق.

۱۳. المیزان، سید محمدحسین طباطبایی، بیروت، المطبعه التجاریه.

۱۴. بحارالانوار، محمدباقر مجلسی.

۱۵. کافی، محمد بن یعقوب کلینی، إسلامیه.

۱۶. وسائل الشیعه، محمد بن الحسن الحر العاملی، بیروت، مؤسسه آل البیت، ۱۴۲۴ ه. ق.

۱۷. روضه المتقین، محمدتقی مجلسی، قم، بنیاد فرهنگ اسلامی، الطبعه الثانیه، ۱۴۰۶ ه

. ق.

۱۸. حج و عمره در قرآن و حدیث، محمد محمدی ری شهری، قم، دارالحدیث، چاپ سوم، ۱۳۸۶ ه. ش.

۱۹. صحیح بخاری، محمد بن اسماعیل بخاری.

۲۰. صحیح مسلم، مسلم بن حجاج نیشابوری.

۲۱. سنن بیهقی (به همراه الجوهر النقی ماردینی)، ابوبکر احمد بن الحسین بن علی البیهقی، بیروت، دارالمعرفه.

۲۲. شرح الزرقانی علی الموطّأ، دارالفکر.

۲۳. بحث هایی از فقه تطبیقی، مهدی پیشوایی و حسین گودرزی، نشر مشعر، چاپ چهارم، ۱۳۸۱ ش.

۲۴. تذکره الفقهاء، علّامه حلّی، مؤسسه آل البیت، الطبعه الاولی.

۲۵. جواهر الکلام، محمدحسن نجفی، دارالکتب الاسلامیه.

۲۶. الخلاف، شیخ طوسی قم، جامعه ی مدرسین، ۱۴۰۹ ه. ق.

۲۷. سرائر، ابن ادریس حلی، قم، جامعه ی مدرسین، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ه. ق.

۲۸. فقه الصادق، سید محمدصادق حسینی روحانی، قم، مؤسسه ی دارالکتاب.

۲۹. مستند الشیعه، احمد نراقی، مشهد مقدس، مؤسسه آل البیت، الطبعه الاولی.

۳۰. المستند فی شرح العروه الوثقی، سید ابوالقاسم خوئی، تألیف: مرتضی بروجردی، قم، مؤسسه الخوئی الإسلامیه، الطبعه الرابعه، ۱۴۳۰ ق.

۳۱. المعتمد فی شرح المناسک، سید ابوالقاسم موسوی خوئی، تألیف: سید محمدرضا موسوی خلخالی، قم، مؤسسه الخوئی الاسلامیه، الطبعه الرابعه، ۱۴۳۰ ق.

۳۲. مناسک زائر، سید موسی شبیری زنجانی، نشر شهاب الدین، چاپ دوم، ۱۳۸۷ ه. ش.

۳۳. مهذب الأحکام، سید عبدالأعلی سبزواری، قم، مؤسسه المنار.

۳۴. مناسک حج، امام خمینی (با حواشی مراجع معظم تقلید)، تألیف: محمد رضا محمودی، تهران، نشر مشعر، ۱۴۲۹ ه. ق.

۳۵. منتهی المطلب، علاّمه حلّی، بنیاد پروهش های آستان قدس رضوی.

۳۶. مناسک حج در مذاهب پنج گانه، صدرالدین محلاتی شیرازی، تهران، شرکت سهامی، ۱۳۵۱ ه. ش.

۳۷. صهبای حج، عبدالله جوادی آملی، قم، نشر اسراء، چاپ چهارم، ۱۳۸۲ ه. ش.

۳۸. بدایه المجتهد ونهایه المقتصد، محمد بن أحمد بن رشد، قاهره، مکتبه الکلیات الأزهریه و بیروت، دارالجیل، الطبعه الاولی، ۱۴۰۹ ه. ق.

۳۹. توضیح المناسک علی المذاهب الأربعه، أحمد عبدالقادر معبی، جدّه، مکتبه الإرشاد، الطبعه الاولی، ۱۳۹۰ ه. ق.

۴۰. بدایع الصنایع، ابوبکر بن مسعود کاشانی، دیار بکر ترکیا.

۴۱. الحج والعمره فی الفقه الاسلامی، نورالدین عتر، حلب، مکتبه العربیه، ۱۳۸۹ ه. ق.

۴۲. فقه السنه، سید سابق، بیروت، دارالکتاب العربی، الطبعه الثامنه، ۱۴۰۷ ه. ق.

۴۳. الفقه علی المذاهب الاربعه، عبدالرحمن جزیری، بیروت، دار احیاء التراث العربی.

۴۴. المجموع، نووی، دارالفکر.

۴۵. المغنی والشرح الکبیر، ابنی قدامه، بیروت، دارالفکر، چاپ اول، ۱۴۰۴ ه. ق.

۴۶. المغنی فی فقه الحج والعمره، سعید بن عبدالقادر باشنفر، بیروت، دار ابن حزم، چاپ دهم، ۱۴۲۷ ه. ق.

قاعده ی لا ضرر و معامله به قصد فرار از دین

مقدمه

اثر حاضر به بحث و بررسی در باره ی قاعده ی فقهی لاضرر و تطبیق آن بر معامله ی به قصد فرار از دین که نوعی معامله ی ضرری است می پردازد و با بررسی سندی و دلالی ادله ی قاعده و بیان نظریات امام خمینی و آیه الله سیستانی و برخی دیگر از بزرگان فقها در صدد است گستره ی قاعده و شمول آن نسبت به معامله ی به قصد فرار از دین را بررسی کند. همچنین در پی تبیین دقیق معامله به قصد فرار از دین پرداخته در نهایت کلام برخی فقهای عظام را در باره ی حکم چنین معامله ای ذکر می کند.

قاعده ی لا ضرر یکی از قواعد مشهور و معروف در بین فقها است و کتب و رساله های متعددی درباره ی این قاعده و مقدار استفاده از آن و غایت اعتبار آن نوشته شده.

در مصادر و کتب امامیه به چند عبارت روایات مربوط به قاعده ی لا ضرر را بیان کرده اند:

۱ - عن رسول الله (صلی الله علیه وآله): «لاضرر و لا ضرار»؛(۱)

ص:۱۶۱

۱- (۱) شیخ کلینی، کافی، ج ۱۰، ص ۴۳۶، کتاب المعیشه، باب الشفعه، ح ۴؛ حرعاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۵، ص ۴۰۰ کتاب شفعه، باب ۵، حدیث ۱.

۲ – عن رسول الله (صلی الله علیه وآله): «لاضرر و لا ضرار علی مؤمن»؛(۱)

۳ – عن رسول الله (صلی الله علیه وآله): «لاضرر و لا ضرار فی الإسلام»؛(۲)

۴ – عن رسول الله (صلی الله علیه وآله): «لاضرر و لا إضرار فی الإسلام».(۳)

از نظر سند برخی روایات این قاعده صحیحه و موثقه اند.(۴) بنا بر این در مجموع اطمینان حاصل می شود که این روایات از معصوم (علیه السلام) صادر شده اند. مشهور ترین مورد این قاعده جریان سمره بن جندب است.(۵)

استاد دکتر محقق داماد در کتاب خود چنین آورده اند: معروف ترین حدیث در این مورد، مربوط به داستان سمره بن جندب است که در ذیل آن، جمله ی «لاضرر و لاضرار» دیده می شود. این داستان به طرق گوناگون نقل شده و مشایخ ثلاثه که تدوین کنندگان کتب اربعه ی شیعه هستند نیز آن را نقل کرده اند. این سه بزرگوار که به محمدون ثلاثه مشهورند با اختلافات جزئی داستان سمره را در کتب خود آورده اند. مرحوم کلینی در کتاب کافی از ابن مسکان از زراره نقل می کند که امام محمد باقر (علیه السلام) فرموده است: در زمان رسول الله (صلی الله علیه وآله) سمره بن جندب در جوار خانه ی مردی از انصار، درخت خرمایی داشت که راه رسیدن به آن از داخل ملك آن مرد انصاری می گذشت. سمره برای سرکشی به آن درخت

۱– (۱) شیخ کلینی، کافی، ج ۱۰، ص ۴۸۶، کتاب المعیشه، باب الضرار، ح ۸.

۲– (۲) شیخ صدوق، معانی الأخبار، ص ۲۸۱؛ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۶، ص ۲۸۱؛ إبن أبی الجمهور، عوالی اللآلی، ج ۱، ص ۲۲۰.

۳– (۳) شیخ صدوق، فقیه من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۳۳۴؛ إبن أبی الجمهور، عوالی اللآلی، ج ۱، ص ۳۸۳، ج ۲، ص ۷۴، ج ۳، ص ۲۱۰.

۴– (۴) ر. ك: هادی نجفی، الآراء الفقهیه، ج ۴، ص ۳۴۷ و ۳۴۸.

۵– (۵) عیسی ولایی، فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، ص ۲۵۳ و ۲۵۴.

و انجام امور آن بارها سر زده وارد ملک مرد انصاری می شد و بدین ترتیب باعث مزاحمت خانواده ی او می گردید تا این که عرصه بر صاحبخانه تنگ شد و به سمره گفت: تو بدون اعلام و اطلاع وارد منزل من می شوی، در حالی که ممکن است اعضای خانواده ام در وضعیتی باشند که تو نباید آن ها را ببینی. از این رو، بعد از این، هنگام عبور اعلام کن و اجازه بخواه تا اهل خانه ام مطلع باشند. سمره گفت: من از میان خانه ی تو به سوی باغ خودم می روم و چون حق عبور دارم لزومی به اعلام و أخذ اجازه نمی بینم. مرد انصاری مجبور شد به رسول اکرم (صلی الله علیه وآله) شکایت کند. حضرت رسول (صلی الله علیه وآله) به سمره فرمودند: بعد از این به هنگام عبور، حضور خودت را اعلام کن. سمره گفت: این کار را نخواهم کرد. حضرت نبی (صلی الله علیه وآله) فرمودند: از این درخت دست بردار و به ازای آن درخت دیگری با این اوصاف به تو می دهم. سمره قبول نکرد. آن گاه حضرت نبی (صلی الله علیه وآله) فرمود: در مقابل آن درخت، ده درخت بگیر و دست از آن بردار و سمره باز هم قبول نکرد پس حضرت نبی (صلی الله علیه وآله) فرمود: دست از درخت بردار و به جایش در بهشت یک درخت خرما به تو خواهم داد؛ اما آن ملعون این بار هم نپذیرفت تا این که رسول الله (صلی الله علیه وآله) فرمود:

«إنّک رجلٌ مُضارٌّ و لاضرر و لا ضِرار علی مُؤمن»؛ یعنی تو مرد ضرر زننده ای هستی، و به مؤمن کسی نباید ضرر بزنند. بعد از آن دستور داد آن درخت را کندند و نزد سمره انداختند.(1) این روایت با اندکی اختلاف به گونه ای دیگر نیز نقل شده است؛ مثلاً به

ص:163

1- (1) شیخ کلینی، کافی، ج 10، ص 486، کتاب المعیشه، باب الضرار، ح 8. روایت را مرسله شمرده اند. (ر - ک: محمد باقر مجلسی، مرآه العقول، ج 19، ص 399؛ سید علی سیستانی، قاعده لاضرر، ص 17). هرچند مجلسی اول آن را قوی می داند. (ر - ک: محمد تقی مجلسی، روضه المتقین، ج 6، ص 249). نرم افزار درایه النور هم خبر را مرسل و ضعیف ارزیابی کرده.

این صورت که رسول اعظم (صلی الله علیه وآله) به مرد انصاری فرمود

: «إذْهَب فاقلعها و ارم بها إليه فَإنَّهُ لاضـرر و لاضـرار»(۱) ؛ یعنی برو و آن را از جا بکن و به نزد او بیـنداز، زیرا ضـرر و ضـراری وجود ندارد.(۲)

تحریر محلّ بحث

معـامله به قصـد فرار از دین گاهی صوری است (صورت اول) و گاهی جـدی و در صورتی که جـدی باشـدیا بعـد از حکم به حجر است (صورت دوم) و گـاهی قبـل از حکم به حجر و در صورت اخیر گـاهی تضـییع کننـده ی حق دیـان نیست (صورت سوم) وگاهی تضییع کننده ی حق دیان است (صورت چهارم). صورت اوّل: مسلّماً باطل است بخاطر فقدان قصد انشاء، و مادّه ی ۲۱۸ اصلاحی ۱۳۷۰ نیز بیان می دارد: «هرگاه معلوم شود که معامله با قصـد فرار از دین بطور صوری انجام شده، آن معامله باطل است». چنین معامله ای مسـلماً باطل است و محل بحث ما هم نیست. و اما صورت دوّم: این صورت فقها بر این عقیده اند که تصرفات محجور ممنوع(۳) و

ص:۱۶۴

۱- (۱) شـیخ کلینی، کافی، ج ۱۰، ص ۴۷۸، ح ۲. روایت را موثقه شـمرده انـد. ر - ک: روضه المتقین، ج ۶، ص ۲۴۸؛ مرآه العقول، ج ۱۹، ص ۳۹۴؛ ملاذ الأخیار، ج ۱۱، ص ۲۳۵. نرم افزار درایه النور هم خبر را موثق ارزیابی کرده.

۲- (۲) سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه (بخش مدنی، مالکیت، مسؤولیت)، ج ۱، ص ۱۳۳ تا ۱۳۵.

۳- (۳) شـیخ طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیه، ج ۲، ص ۲۵۰؛ سید ابن زهره حلبی، غنیه النزوع، ص ۲۴۷؛ محقق حلّی، شرایع الإسلام، ج ۲، ص ۷۸؛ علامه حلی، ارشاد الاذهان، ترجمه مهدی نجفی اصفهانی، ص ۲۴۳.

معاملات او محتاج اجازه و اذن طلبکاران است.(۱) ولی به هر جهت این صورت از محل بحث ما خارج است؛ زیرا بحث ما در جایی است که هنوز حکم حجر و توقف صادر نشده است. ماده ۲۱۳ ق. م. نیز معاملات محجور را نافذ نمی داند.(۲) صورت سوّم: مثال این صورت جایی است که شخص به قصد فرار از دین و با سوء نیت اموال زیادی را که به قرض گرفته بوده در مقابل یک شیء - مثل زمین - که در نظر او بسیار بی قیمت است به دیگری واگذار می کند و اتفاقاً آن کالا قیمت پیدا می کند و یا اینکه مشخص می شود قیمتش بیش از چیزی است که خریدار آن (مدیون) تصور می کرده. یا اینکه تمام اموال خود را به قصد فرار از ادای دین به صورت هبه و یا صلح به دیگری منتقل می کند ولی اتفاقاً ارث زیادی به او می رسد و دیان از چنین هبه و صلحی زیان نمی بینند. اینجا گر چه عمل حقوقی به قصد فرار از دین صورت گرفته ولی از محل بحث ما خارج است؛ چون ضرر و زیان مالی به دیان وارد نمی شود تا بخواهند این معامله را ابطال کنند. آنان می توانند از محل همان شیء خریداری شده و یا ارث دین خود را استیفا کنند. صورت چهارم: این صورت مورد بحث ما است و در آن دو عنصر وجود دارد: ۱. قصد فرار از دین؛ ۲. تضییع حق دیان و اضرار به آنان.

و البته این تضییع حقوق آنان باید از ذات معامله ناشی شود نه اینکه معامله از اسباب غیر مستقیم و علل بعیده ی این تضییع و اضرار باشد و لذا موارد زیر مصادیق

۱- (۱) حسین وحید خراسانی، توضیح المسائل ص ۶۳۰، مسأله ی ۲۳۰۶؛ سید علی سیستانی، المسائل المنتخبه، ص ۳۳۱، مسأله ی ۸۳۰.

۲- (۲) طبق ماده ی ۴۲۳ قانون تجارت بند سوم نیز: «هر گاه تاجر بعد از توقف هر معامله ای که مالی از اموال منقول یا غیر منقول تاجر را مقید نماید و به ضرر طلبکاران تمام شود انجام دهد باطل و بلا اثر است». البته قانون تجارت قانون خاص و موضوع ماده ی مذکور هم خاص می باشد.

معامله به قصد فرار از دین نبوده و و مشمول قاعده ی لاضرر نبوده و محل بحث ما نیستند:

۱. فروش اموال – به قیمت واقعی – به قصد اختفای بهای آن و محروم کردن دُیان؛ زیرا ضرر از اختفای مال ناشی می شود و نه از نفس معامله.

۲. خرید بلیت هواپیما به قصد فرار از دست دیان؛ زیرا خرید بلیت از علل بعیده است و علت مستقیم ضرر نیست. نفس خرید بلیت ضرری برای دیان در بر ندارد.

۳. قبول هبه به قصد خرید بلیت و فرار از دین؛ چه اینکه در بعید بودن علت واضح تر از مورد قبلی است.

باید دقت نمود که در مورد اول اختفای اموال و در دو مورد اخیر فرار از دست دیان رخ می دهد و نه فرار از دین. با این توضیحات روشن شد که معامله به قصد فرار از دین: «معامله ای است که در آن عمد و قصد باشد برای فرار از دینی که موجب تضییع حق دیان باشد و این تضییع هم اثر مستقیم خود معامله باشد».

تحقیقی در رابطه با قاعده ی لاضرر

آیا لاضرر حکم مولوی است یا ارشادی؟ آیا لاضرر حکم مولوی الهی است و یا حکم سلطنتی است و حکم حکومتی پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) است؟ آیا از مدارک این قاعده رفع احکام ضرری استفاده می شود یا حکم تکلیفی (حرکت اضرار به غیر) استفاده می شود؟ آیا لاضرر فقط رافع احکام تکلیفی ضرری (مثل وجوب وضوی ضرری) است و یا رافع احکام وضعی ضرری (مثلا صحت و بطلان و زوجیت و ملکیت ضرری) نیز می باشد؟ علی فرض که رافع احکام ضرری وضعی باشد آیا معامله ی به قصد فرار از دین مشمول ادله ی لاضرر می باشد؟

مبانی مختلف در قاعده ی لا ضرر

۱ – برخی بر این عقیده اند که مفاد حدیث لاضرر نهی از ضرر زدن به غیر است؛(۱)

۲ – و برخی بر این عقیده اند که معنای آن نفی حکم ضرری است؛ مثلاً: وجوب وضو در صورتی که ضرر داشته باشد برداشته شده و نفی شده است.

البته مبانی مختلفی وجود دارد که اکنون از ذکر و تفصیل آن صرف نظر می کنیم.(۲)

رأی امام خمینی

امام خمینی (ره) حدیث سمره را اصلاً در مقام بیان هیچ یک از دو حکم بالا نمی دانند تا از حدیث یک قاعده ی کلیه استفاده کنیم که احکام ضرری جعل نشده یا اینکه نهی از ضرر زدن باشد، بلکه پیامبر (صلی الله علیه وآله) صرفاً بخاطر مقام حاکمیت و سلطنت خود، و نه مقام شارع بودن، حکم به قلع شجره ی سمره کرده و امر قانونی صادر کرده که کسی به کسی ظلم نکند و کسی به کسی ضرر نزند – کما اینکه قوانین دیگر و سلاطین دیگر هم می گویند – و اصلاً مقام، مقام بیان حکم الهی نیست.(۳)

۱- (۱) شیخ الشریعه اصفهانی، قاعده لاضرر، ص ۲۴ و ۲۵.

۲- (۲) ر – ک: محمد باقر زند کرمانی، رفع النزاع، ص ۲۶ تا ۳۰؛ سید محمد روحانی، منتقی الأُصول، ج ۵، ص ۳۹۸ تا ۴۰۱؛ شهید سید محمد باقر صدر، بحوث فی علم الأُصول، ج ۵، ص ۴۵۹ و ۴۶۰.

۳- (۳) «فلیس المقام مقام بیان حکم اللّه و ان الأحکام الواقعیه مما لا ضرر فیها و انه تعالی لم یشرع حکما ضرریا أو أخبر أنه تعالی نهی عن الضرر، فإن کل ذلک أجنبی عن المقام فلیس لهما شبهه حکمیه و لا موضوعیه، بل لم یکن شیء إلا تعدی ظالم علی مظلوم و تخلف طاغ عن حکم السلطان بعد أمره بالإستیذان، فلما تخلف حکم بقلع الشجره و أمر بأنه لاضرر و لا ضرار، أی الرعیه ممنوعون عن الضرر و الضرار دفاعا عن المظلوم و سیاسه لحوزه سلطانه و حمی حکومته». امام خمینی، الرسائل، ص ۵۶.

نقد و بررسی

ظاهر امر این است که نبی اکرم (صلی الله علیه وآله) در مقام بیان حکم الهی نیز می باشند. اعمال سلطه است همراه با بیان حکم الهی و این دو منافات با هم ندارند. مسلماً «لاضرر ولاضرار» حکم الهی است و بیان آن از جانب نبی اکرم (صلی الله علیه وآله) بیان حکم الهی است. با توجه به این که فعل نبی اکرم (صلی الله علیه وآله) و حتی تقریر ایشان را حجت و مبین حکم الهی می دانیم مسلماً حکم قضایی آن بزرگوار مبین حکم الهی است.

رأی صاحب منتقی الاُصول

ایشان بر این عقیده اند که حدیث لاضرر در عرض واحد هر دو معنای نفی حکم ضرری و حرمت فعل ضرری را می رساند. بله در بعضی موارد، مورد و قضیه قابلیت پذیرش هر دو معنا را ندارد و به همین خاطر فقط یکی از دو معنا ثابت می شود؛ مثل قضیه ی سمره که در آن فقط تحریم ضرر زدن ثابت می شود و این منافات با عام بودن معنای لاضرر در مورد قابل ندارد.(۱)

نقد و بررسی

ص:۱۶۸

۱- (۱) «و بالجمله یکون مفاد الحدیث کلا الأمرین من نفی الضرر و حرمه الفعل الضرری معاً فی عرض واحد و لا محذور من الإلتزام بذلک. نعم، بعض الموارد قذ لا تکون قابله لکلا الأمرین فلایثبت فیها إلا أحدهما، فقد لایقبل المورد لرفع الحکم لعدم ثبوت الحکم الضرری القابل للرفع کما فی مثل قضیه سمره، فلایثبت فیها سوی تحریم الإضرار و هذا لاینافی التعمیم فی المورد القابل». سید محمد روحانی، منتقی الاُصول، ج ۵، ص ۴۱۲ و ۴۱۳.

نبی اکرم (صلی الله علیه وآله) در قضیه ی نخله بعد از اینکه ثابت شد سمره دست بردار نیست و فرمایش ایشان در او اثر ندارد فرمودند: «لاضـرر و لا ضـرار». بلکه در روایت معتبره اصـلاً سـمره مخاطب نیست و پیامبر (صـلی الله علیه وآله) به مرد انصاری فرموده اند:

«إذْهَب فاقلعها و ارم بها إليه فَإِنَّهُ لاضـرر و لاضرار».(1) و معنا نـدارد که پیامبر (صـلی الله علیه وآله) مرد انصاری را نهی کرده باشـند از ضـرر زدن! پس اینکه خطاب «لاضـرر و لا ضـرار» را در قضیه ی سمره صرفاً نهی از ضرر زدن بدانیم خالی از اشکال نیست. ظاهر مطلب این است که نبی اکرم (صلی الله علیه وآله) در تعلیل حکم به قلع نخله فرموده اند: «لاضرر و لا ضرار».

رأی آیه الله سیستانی

آیه الله سیسـتانی اسـتفاده هـا و برداشت هـایی جـالب توجه از روایات نموده انـد. ایشان از دو فقره ی «لاضـرر» و «لاضـرار» دو برداشت گوناگون نموده اند.

ایشان قائلنـد که در لاضـرر، ضـرر معنای اسم مصـدری (حاصل مصـدر) دارد و جنبه ی صدور از فاعل در آن لحاظ نشده لذا نفی می کند «طبیعت ضرر» را و نه اضرار و ضرر زدن را، و نفی طبیعت به نفی حکم ضرری است در شریعت.(2)

و در فقره ی لا ضـرار بر این نظرهسـتند که ضِرار مصـدر باب مفاعله می باشـد و جهت صـدور از فاعل در آن لحاظ شده و با ملاحظه ی همین جهت نفی شرعی به آن تعلق گرفته و شارع خواسته این مطلب را نفی کند و مقتضای این نفی دو چیز است:

۱- (۱) شـیخ کلینی، کافی، ج ۱۰، ص ۴۷۸، ح ۲. روایت را موثقه شـمرده انـد. ر - ک: روضه المتقین، ج ۶، ص ۲۴۸؛ مرآه العقول، ج ۱۹، ص ۳۹۴؛ ملاذ الأخیار، ج ۱۱، ص ۲۳۵. نرم افزار درایه النور هم خبر را موثق ارزیابی کرده.

۲- (۲) «أمّا الفقره الاُولی - و هی لاضـرر -... کان مفاد (لاضـرر) طبعاً، نفی التسبیب إلی الضـرر بجعل حکمٍ شـرعی یستوجب له». سید علی حسینی سیستانی، قاعده لاضرر، ص ۱۳۴-۱۳۵.

۱. حرمت تکلیفی اضرار

۲. تصویب قوانین و ابزارهای اجرایی برای جلوگیری از تحقق ضرر از جانب حاکم شرعی و این مطلب دوم بخاطر این است که مجرد نهی قانونی و تحریم شرعی اگر حمایت و ضمانت اجرائی نداشته باشد موجب نفی ضرار و طبیعت ضرر در خارج نمی شود.(۱)

مانند امر به سوزاندن مسجد ضرار، و حکم به کندن درخت نخل سمره.(۲)

و سپس مبانی این قانونگذاری در جهت نفی ضرر و ضرار را بیان می کنند و آن مبانی عبارتند از:

۱. قانون نهی از منکر: که در بعضی مراحل شدید مستلزم بکار بردن قوانین و قوای قهریه است؛

۲. قانون محقَّق ساختن عدالت اجتماعی بین مردم؛(۳)

۳. لزوم حمایت حکم قضایی از جانب والی بعد از رجوع متخاصمین به او، که این حمایت باید از طرف والی و حاکم باشد و نه هر کس. و با این توضیح، مطلبی که بر بسیاری از فقها مشکل نموده و سرّ آن مخفی مانده روشن می شود و آن عبارت است از امر پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) به کنون درخت خرمای سمره بن

۱- (۱) همان.

۲- (۲) «و ذلک من قبیل تجویز إزاله وسیله الضرر و هدمها إذا لم یمکن منع إیقاعه إلّا بذلک کالأمر بإحراق مسجد ضرار و الحکم بقلع نخله سمره و نحو ذلک». همان، ص ۱۵۰.

۳- (۳) در توضیح این قانون می فرمایند: «و هذا من شؤون الولایه العامه الثابته للنبی صلّی الله علیه و آله و أئمه الهُدی علیهم السلام، و الفقهاء فی عصر الغیبه إذ لابُدّ من العداله فی حفظ النظام». سید علی حسینی سیستانی، قاعده لاضرر، ص ۱۵۰-۱۵۱.

جندب، است.(۱) و در تنبیه اوّل از تنبیهات قاعده این سؤال را مطرح می کنند که: چرا پیامبر اکرم - صلی الله علیه و آله - سمره را منع نمود از دخول در خانه ی انصاری بدون اجازه و چرا پیامبر امر کرد که درخت او را بکنند و حال آنکه شرعاً تصرف در مال غیر جایز نیست و از همه مهمتر چه ربطی است بین کندن درخت و استشهاد به لاضرر و لاضرار؟

از این اشکالات و سؤالات جوابهایی مطرح شده و خود ایشان در «الوجه الرابع» این جواب را مطرح می کنند که «لاضرر» منحل به دو امر می شود:

۱. مشروع نبودن و حرمت اضرار؛

۲. اعطای صلاحیت اجرایی به حاکم مسلمین برای دستیازی به ابزارهای مناسب با این خصوصیات که خفیف باشد و مؤثر باشد و موافق شریعت باشد برای منع تحقق اضرار.(۲)

این مرجع عالیقدر با رویکردی حقوقی به فقره ی دوّم این روایت توجه نموده اند لذا می توان با توجه به مبانی ای که ایشان ارائه نموده اند می توان معامله ی به قصد فرار از دین را اینطور توضیح داد که: اگر چنین معامله ای، ضرری بود به حکم «لاضرار» حکومت اسلامی می تواند ابزارهای قانونی از قبیل حکم به عدم نفوذ چنین معامله ای و یا باطل دانستن چنین معامله ای را بکار گیرد تا ضرر دفع و رفع شود.

۱- (۱) همان.

۲- (۲) ایشان می فرمایند: «و کانت هذه المساومه منه - صلی الله علیه و آله - غیر واجبه علیه فَإنَّ للحاکم أن یعمل القوه لمنع الإضرار بعد الأمر القولی بالمعروف مباشره إذا لم یستجب المأمور لذلک - ولکن النبی صلّی الله علیه و آله عامل سمره بعظیم خلقه و کرمه. فکان من وظیفته صلی الله علیه و آله بعد ذلک أن یمنع من إضرار سمره بالأنصاری منعاً عملیاً. و لم یکن فی هذا السبیل خیار أخفّ و أجدی ممّا أمر به من قلع النخله». همان، ص ۲۱۲ و ۲۱۱.

البته این مطلب مستفاد از فقره ی دوّم، تنافی با صحت ذاتی و اوّلی چنین معامله ای ندارد و حکمی که «لاضرار» ثابت می کند حکم ثانوی است مانند احکامی که ادله ی رفع اکراه و رفع اضطرار ثابت می کند.

و امّا حکم اولی چنین معامله ای با توجه به قاعده ی لاضرر چیست؟ این نکته قابل توجه باید باشد که لاضرر گرچه در مواردی مثبت حکم ثانوی است ولی توانایی اثبات حکم اولی را هم دارد.

نظراتی در قاعده ی لاضرر

۱ – لاضرر در عرصه ی تشریع و امتثال

قبل از ورود به بحث ذکر این نکته ضروری است که آنچه به نظر می رسد اینکه ما با دو «لاضرر» و دو «لاحرج» مواجهیم:

۱ - لاضرر و لاحرج در مقام تشریع؛

۲ - لاضرر و لاحرج در مقام امتثال و تطبیق.

قسم اول به معنای این است که شارع مقدس در مقام تشریع، با توجه به مصالح و مفاسد ملزِم و تزاحماتی که در ملاکات احکام و تحصیل آنها و سعادت دنیا و آخرت بشر وجود دارد، همیشه راه صواب بدون حرج یا با کمترین حرج و بدون ضرر یا با کمترین ضرر را بر سر راه ما قرار داده است و در مقام تشریع نفی ضرر و حرج رعایت شده.

قسم دوم به معنای این است که گر چه در عالم تشریع احکام سعی شده حرجی و ضرری نباشد و یا کمترین حرج و ضرر را انسانها متحمل شوند ولی گاهی در مقام امتثال و به لحاظ عالم تکوین، حتی شریعت سمحه و سهله نیز با دشواری هایی روبرو می شود، که در اینجا هم قاعده ی لاحرج و لاضرر به عنوان یک حکم ثانوی و در حدّی که مخالف مصالح عالیه ی شریعت و مقاصد مهم شارع نباشد، رفع این ضرر و

حرج را می نماید.

۲ – لاضرر در عرصه ی قانونگذاری و قضاوت

پس از روشن شـدن مبحث قبلی این مطلب تـذکر داده می شود که بـا رجوع به مصـادر شـرعی در می یـابیم که لاضـرر هم به عنوان حکمت بعضـی شـرایع و ملاـک قانونگـذاری معرفی شـده و هم به عنوان قاعـده ای قانونی و مسـتقل که در امر قضاوت راهگشاست.

۱-۲ - جعل قانون (جنبه ی اثباتی)

جمله لاضـرر و لاضرار در ذیل روایات گوناگونی دیده می شود که از جمله، ذیل روایت شُفْعه است که مرحوم کلینی از عقبه بن خالد و او از حضرت امام صادق (علیه السلام) نقل کرده که آن حضرت فرمود:

«قضـی رسول الله بالشـفعه بین الشـرکاء فی الأرضـین و المساکن و قال: لاضـرر و لاضرار».(۱) یعنی رسول خـدا (صـلی الله علیه وآله) در مورد شفعه بین شرکا در زمین و مسکن قضاوت کرد و فرمود:

۱- (۱) محمـد بن یعقـوب کلینی، الفروع من الکـافی، ج ۱۰، ص ۴۳۵ و ۴۳۶، کتـاب المعیشه، باب الشـفعه، ح ۴، محمد بن الحسن الحر العاملی، وسائل الشـیعه، ج ۲۵، ص ۴۰۰ کتاب شفعه، باب ۵، حدیث ۱. کلینی و صدوق و شـیخ طوسی روایت را نقل کرده انـد (کافی، ج ۱۰، ص ۴۳۵ و ۴۳۶؛ فقیه، ج ۳، ص ۷۶، تهذیب، ج ۷، ص ۱۶۴) ولی سند آن مورد اختلاف است. مجلسـی اول آن را قوی مانند صـحیح می داند (روضه المتقین، ج ۶، ص ۱۹۷) و علامه محمد باقر مجلسـی آن را مجهول می داند. (مرآه العقول، ج ۱۹، ص ۳۷۲؛ ملاذ الأخیار، ج ۱۱، ص ۲۷۷)، آیه الله سید علی سیستانی سند را ضعیف می داند بخاطر «محمـد بن عبـدالله بن هلال» و «عقبه بن خالـد» و ظاهراً مطالبی که از برای توثیق آنـدو بیان می کننـد را نمی پذیرنـد. (قاعـده لاضرر، ص ۲۷). نرم افزار درایه النور روایت را موثقه به حساب آورده.

لاضرر و لاضرار.(۱) که در این حدیث اشاره به این است که حکمت تشریع حق شفعه و جعل این حکم نفی ضرر است است از شریک. و قضاوت رسول اکرم (صلی الله علیه وآله) یک قضاوت در مقام تشریع و جعل قانون و بیان حکم عام بوده است.

۲-۲ - جعل قانون (جنبه سلبی)

روایت دعائم الاسلام از حضرت امام صادق (علیه السلام) بدین شرح که: از حضرت امام صادق (علیه السلام) پرسیده شد دیواری بین دو خانه حد فاصل و ساتر بوده که خراب شده و مالک دیوار حاضر نیست آن را دوباره بنا کند. آیا به در خواست همسایه ی مجاور می توان مالک دیوار را به تجدید بنای دیوار ملزم ساخت؟ حضرت امام (علیه السلام) پرسیدند: آیا مالک بنابر حق یا شرطی متعهد به این کار است؟ و چون پاسخ منفی داده شده فرمود: چنین الزامی وجود ندارد و همسایه ی مجاور می تواند به منظور ایجاد ساتر برای ملک خود، دیوار را دوباره به هزینه ی خودش بسازد. در همین مورد از حضرت امام صادق (علیه السلام) پرسیده شد در چنین فرضی بدون اینکه دیوار خود به خود خراب شود، آیا مالک دیوار بدون هر گونه ضرورتی حق دارد به منظور اضرار به همسایه، آن را خراب کند؟ امام (علیه السلام) فرمودند: چنین حقّی ندارد، زیرا بنا به فرموده ی رسول اکرم (صلی الله علیه وآله): لاضرر و لا ضرار.(۲)

در روایاتی که نقل شد به نوعی، جمله ی «لاضرر و لاضرار» به چشم می خورد. باید دانست روایات دیگری نیز از ائمه ی اطهار (علیهم السلام) نقل شده اند که هر چند در آن ها جمله ی فوق الذکر نیامده، ولی روایت از نظر معنا و مدلول بر آن استوار

۱- (۱) سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه (بخش مدنی، مالکیت، مسؤولیت)، ج ۱، ص ۱۳۵.

۲- (۲) میرزا حسین نوری (محدث نوری)، مستدرک الوسائل، ج ۳، ص ۱۵۰. ر - ک: سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه (بخش مدنی، مالکیت، مسؤولیت)، ص ۱۳۵-۱۳۶.

است.(1)

یکی از این روایات که در مقام سلب و نفی است روایت ابی عبدالله (علیه السلام) است. روایت در مورد شخصی است که شتر مریضـی را می فروشـند و مردی او را می خرد به ده درهم و شخصی می آید و دو درهم می دهد و در شتر شریک می شود - در سر و پوست شتر -، از قضا شتر سالم می شود و قیمت آن [از درهم ها] به دینارها می رسـد [و افزایش می یابـد]. به کسـی کـه دو درهم داده است می گوینـد: یـک پنجم قیمت را بگیر، او خـود داری کرده و می گویـد: من سـر و پـوست شـتر را می خواهم. حضـرت امام (علیه السـلام) فرمودند: حق چنین چیزی را ندارد و این «ضرار» است و با دادن یک پنجم حق او داده می شود.(2)

۳-۲ - قضاوت

همانطور که لاضـرر در عرصه ی قانونگذاری نفیاً و اثباتاً نقش ایفاء می کند، در گستره ی قضاوت نیز نقش کارسازی دارد، و از موارد بکارگیری آن در عرصه ی

۱- (۱) سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه (بخش مدنی، مالکیت، مسؤولیت)، ج ۱، ص ۱۳۶.
۲- (۲) «لیس له ذلک و هـذا الضـرار و قـد اعطِی حَقَّهُ إذا اعْطِی الخمس» کافی، ج ۱۰، ص ۴۸۲، کتاب المعیشه، باب الضرار. سنـد مورد اختلاف است، علامه محمـد باقر مجلسـی می فرمایند: صـحیح علی المشـهور (مرآه العقول، ج ۱۹، ص ۳۹۶) و یا: صحیـح علی الظـاهر (ملاذ الأخیار، ج ۱۱، ص ۵۸ و ۶۴) و آیه الله سیسـتانی (قاعـده لاضـرر، ص ۶۹) و آیه الله سـید صـادق روحانی (فقه الصادق، ج ۱۸، ص ۲۵۳ و ۲۵۷) خبر را صـحیح نامیده اند. اسـتاد ما آیه الله حاج شیخ مهدی مروارید نیز از این روایت تعبیر به صـحیحه نموده اند. ولی آیه الله سـید تقی طباطبایی قمی روایت را بخاطر «یزید بن إسـحاق» ضعیف می دانند و می فرماید: «هذه الروایه ضـعیفه بیزید بن إسـحاق فإن توثیق الشـهید الثانی لا أثر له إذ الشـهید من المتأخرین و لا أثر لتوثیقاتهم کما حقق فی محله». (مبانی منهاج الصالحین، ج ۸، ص ۲۶۲). درایه النور حدیث را صحیح ارزیابی نموده.

قضاوت می توان به ماجرای «سمره بن جندب» اشاره کرد که شهرت عظیمی دارد.

آنچه در این ماجرا به نظر می رسد اینکه رأی پیامبر، یک رأی قضایی بوده وحضرت رسول (صلی الله علیه وآله) به عنوان یک قاضی یک رأی قضایی قاطع مطابق شرایط و تشخیص خودشان صادر نموده اند که هم از جنبه ی کیفری و پیشگیری قاطع و کوتاه کردن دست متجاوز در حدّ بالایی از قاطعیت و اسوه بودن می باشد و هم به لحاظ، حقوق مالکیت بی اشکال می باشد.

و این رأی از هر قاضی خبره ی دیگری غیر از پیامبر اکرم (صلی الله علیه وآله) نیز اگر صادر شده بود قابل دفاع و درست بود، بلکه قاضی ای که تمام جوانب امر و راهکارها و امکانات قضایی را در نظر گرفته این حکم را صادر کرده. به هر حال تشخیص قضایی پیامبر اکرم (صلی الله علیه وآله) این بوده که اصل نفی ضرر را در این مورد اینگونه اجرا کنند.

لا ضرر و معامله ی به قصد فرار از دین

لاضرر چه در جنبه ی قانونگذاری و چه در جنبه ی قضایی آن، می تواند در صورت بوجود آمدن اوضاع نابسامان و مضر به افراد و جامعه مستمسکی برای عدم نفوذ معامله ی به قصد فرار از دین باشد. به این معنا که لاضرر هم می تواند منشأ جعل قانون عام صریح در مورد معامله ی به قصد فرار از دین باشد و در صورت عدم وجود چنین قانونی راه حل قضایی باشد؛ چه اینکه ماده ی ۳ قانون آیین دادرسی مدنی دادرسان را موظف می داند: در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه ی مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد حکم قضیه را صادر نمایند. و یکی از مهمترین قواعد و اصول ما قاعده ی

لاضرر است.

رابطه ی بین لاضرر در قضا و لاضرر در تقنین

اینجا ممکن است سؤالی مطرح شود که چه ربطی است بین قانون و قضا؟ آیا رأی قضایی جدای از قانون تصور می شود؟ آیا در قضیه ی سمره نبی اکرم (صلی الله علیه وآله) رأی قضایی صادر کرده اند بدون پشتوانه ی قانونی؟!

جواب: هرچند تفاوت بین قضا و قانون بدیهی است چه اینکه قانون بیان حکم است و قضا تطبیق آن در مورد خصومت، ولی ایندو رابطه ای وثیق دارند. رأی قضایی ممکن است ماده ی قانونی خاص و صریح نداشته باشد، بلکه از تطبیق عمومات و قواعد قانونی استفاده شود. ولی قانون به صورت خاص و صریح حکم موضوع را مشخص می کند. به هر حال رأی قضایی باید برخاسته از قوانین و قواعد باشد.

از طرفی آراء قضایی متعدد و متکرر ممکن است منشأ قانونِ شناخته شده ای شود. ولی رأی صادر از مقام نبوت (صلی الله علیه وآله) در مورد سمره بن جندب به نظر نمی رسد متکرر باشد، بلکه یک رأی خاص است. خباثت و وقاحت کم نظیر سمره باعث رأی قضایی ویژه در مورد او شد. عادتاً قانونگذار لازم نیست برای موارد نادر قانون ویژه بیان کند، و قواعد عام کافی است.

اما به هر حال قوانین و آراء قضایی شرعی ریشه در قواعد شرعی دارند و لاضرر یکی از این قواعد است، و رأی شریف نبوی ریشه در این قاعده دارد. صادر کردن حکم قضایی با توجه به قاعده ی عام قضاوت است و نه قانونگذاری و این هم احتیاج به تدبیر و ذوق قضایی سلیم دارد.(۱)

ص:۱۷۷

۱- (۱) عن الحسن بن ظریف قال سمعت أبا عبدالله جعفر بن محمد علیهما السلام یقول: «ما رأیت علیاً قضی قضاءً إلا وجدت له أصلًا فی السنه. قال: و کان علی علیه السلام یقول: لو اختصم إلی رجلان فقضیت بینهما ثمّ مکثا أحوالاً کثیره ثمّ أتیانی فی ذلک الأمر لقضیت بینهما قضاءً واحداً لأنّ القضاء لایحول و لایزول أبداً». شیخ مفید، الأمالی، ص ۲۸۶ و ۲۸۷.

ذوق فقاهت در اجرای لاضرر

بایـد اجرای لاضـرر همراه با ذوق سـلیم فقاهت باشـد. قدر متیقن از اجرای قاعده ی لاضـرر جایی است که کسـی قصد اضـرار دارد و اقـدام می کند و ضـرر هم محقق می شود، ومعامله به قصد فرار از دین از این قبیل است. در بقیه ی موارد نیز باید مداقّه ی فقهی – اصولی جهت اجرای قاعـده صورت گیرد. بله، برخی موارد هر چنـد معـامله ضـرری است ولی با این حال قاعـده ی لاضـرر جاری نیست؛ مثل کسـی که مضـطر است خانه ی خود را بفروشد و می داند اگر خانه را بفروشد ضـرر معتنا به خواهد دید. اینجا اگر لاضرر جاری باشد و معامله ی شخص مضطر باطل باشد خلاف امتنان بر اوست؛ چه اینکه مالك پول خانه نمی شود و نمی توانـد احتیاجـات مالی خود را که سـبب فروش خانه شـده برآورده کنـد، و حال آنکه قاعـده ی لاضـرر قاعـده ای امتنانی است. به هر حال باید در اجرای لاضرر دقت شود و به نکات زیر توجه داشت:

۱ – اجرای قاعده باید موافق ذوق سلیم فقهی باشد؛

۲ – تمسك فقها به قاعـده در برخی موارد و عـدم تمسك در موارد دیگر می توانـد اماره ای بر حسن جریان آن و عدم حسـن جریان باشد. ولی این مطلب کلیت ندارد؛

۳ – عدم جریان آن در برخی موارد – مثل بیع مضطر – نمی تواند مانع از اجرای آن در موارد دیگر باشد.

قصد اضرار

مطلبی که باید در بحث لاضـرر بررسـی سود اینکه اگر معامله ای ضـرری بود ولی قصد اضـرار در کار نبود چنین معامله ای با توجه به احادیث لاضرر چه وجهی دارد؟

بـا توجه به قضـیه ی مشـهور سـمره که در آن سـمره قصـد و عمـد بر عمل نادرست خود داشـته و همچنین واژه ی «ضـرار» که مصدر باب مفاعله است و حیثیت صدوری در آن مأخوذ است و روایت فقیه که «لا إضـرار» در آن آمده، شاید بتوان گفت که اضرار و ضرار از عناوین قصدیه هستند، و لذا معامله ی ضرری که همراه با قصد باشد حرام و دچار مشکل است و نه معامله ی بدون قصد اضرار و ضرار.

ولی ظاهراً اضـرار و ضـرار از عناوین قصدیه نیسـتند، لذا شاید بتوان گفت: اگر کسـی بدون قصد اضـرار معامله ای انجام داد و اتفاقاً محاسـباتش درست از آب در نیامـد و معامله به صورت اضـراری واقع شد و موجب عدم ادای دین و اضـرار به دیان شـد اینجـا هم قاعـده ی لاضـرر شامـل می شود چنین معـامله ای را؛ مثـل اینکه شخصـی خـانه ای که معـادل طلب دیـان است را به صورت هبه به فرزنـد خود منتقل می کنـد و قصد داشـته طلب دیان را از مال التجاره ای که در سـفر دارد ادا کند و متوجه می شود در هنگامی که هبه صورت گرفته مال التجاره اش تلف شـده بوده. اینجا قصـد فرار نبوده ولی فرار از دین محقق شده. آیا لاضرر چنینر معامله ای را قابل ابطال می سازد؟

در این مرحله به طرح مسـأله اکتفـا می کنیم و بررسـی تفصـیلی را وا می نهیم. ولی به هر حـال جـایی که ضـرر همراه با قصـد اضرار باشد قدر متیقن از اجرای قاعده است و در معاملات به قصد فرار از دین عادتاً ایندو وجود دارد.

بطلان یا عدم نفوذ

آیا مستفاد از لاضرر بطلان معامله ی به قصد فرار از دین است یا عدم نفوذ و

تمامیت و قابلیت ابطال؟ آیا چنین معامله ای باطل است یا غیر نافذ؟ حکم وضعی این معامله چیست؟

اینجا جا دارد دو معنا برای عدم نفوذ و عدم تمامیت بیان شود:

۱ – قابلیت ابطال؛ مثل معامله ی همراه با غبن و معامله ی به قصد فرار از دین؛

۲ – قابلیت تصحیح؛ مثل بیع فضولی.

در مورد اول معامله اگر به حال خود رها شود صحیح است و در مورد دوم صحیح نیست و تمامیت آن احتیاج به اجازه دارد. عدم نفوذ به معنای اول منتج اختیار فسخ معامله (خیار) است. لذا بعید نیست که کسی بگوید: لا ضرر در بیع به قصد فرار از دین مثبت خیار است. منتها خیار در معامله ی غیر و نه خیار در معامله ی خود شخص. کما اینکه در خیار غبن استناد به لا ضرر شده.(۱) با این توجیه معامله صحیح واقع می شود، لذا قول صاحب نظرانی که بر این عقیده اند که: «هرگاه طلبکار چنین معامله ای را اجازه دهد اشکال مرتفع می شود»(۲) ، خالی از تأمل نیست.

در برخی نوشته های حقوقی و فتاوا چنین آمده که: مبنای «لاضرر» مقتضی عدم نفوذ و مبنای «جهت نامشروع» مقتضی بطلان است.(۳) و در صورت اول با اجازه

۱– (۱) ر. ک: سید ابن زهره حلبی، غنیه النزوع، ص ۲۲۴؛ علامه ی حلی، تذکره الفقهاء، ج ۱۱، ص ۶۸؛ مقداد بن عبدالله السیوری، التنقیح الرائع، ج ۲، ص ۴۷؛ شهید ثانی، الروضه البهیه، ج ۳، ص ۴۶۵؛ احمد بن فهد حلی، المهذب البارع، ج ۲، ص ۳۷۴؛ سید علی طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۸، ص ۲۸۱؛ مرتضی انصاری، مکاسب، ج ۵، ص ۱۶۱.

۲– (۲) سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۲۲۷.

۳– (۳) بهرام درویش خادم، (کتاب) معامله ی به قصد فرار از دین در حقوق اسلام و ایران، پاورقی ص ۱۵.

تصحیح می شود و در صورت دوم با اجازه نیز تصحیح نمی شود.(۱)

با توضیحی که بیان شد و تفصیل آن خواهد آمد مشخص شد که: اولاً: عدم نفوذ به معنای قابلیت ابطال است و نه قابلیت تصحیح؛(۲) ثانیاً: حتی اگر مبنا جهت نامشروع باشد، مشکل بخاطر حق الناس است و نباید با بیع العنب لیعمل خمراً قیاس شود. پس حتی اگر مبنا جهت نامشروع باشد باز اجازه مؤثر است.

فتاوی فقها

پس از آنکه به بحث و بررسی فقهی حقوقی قاعده ی لاضرر و معامله به قصد فرار معامله به قصد فرار از دین پرداختیم شایسته است به فتاوی فقهای امامیه توجه بنماییم.

۱ – آیه الله سید محمد کاظم طباطبایی یزدی:

۱) صحت صلح و انتقال بقصد فرار از دین محلّ اشکال است.(۳)

۲) هر گاه صلح بقصد فرار از دین باشد بعید نیست بطلان آن علی اشکالٍ ایضاً(۴)

۳)

۱- (۱) همان، ص ۱۰۷، استفتاء از آیه الله منتظری، سؤال ۲ و ۳.

۲- (۲) إنّ الموجب للضّرر نفوذ المعامله و بقائها لا ـ نفس تکّونها قابلاً للإبطال من قبل الداین المتضرر من هذه المعامله أو الحاکم أوکلیهما. وهکذا الأمر فی الإنصراف. فتأمل جیداً. رفع النزاع، ص ۲۹، پاورقی ۲. (نظر محقق).

۳- (۳) سید محمد کاظم طباطبایی، سؤال و جواب (استفتاءات)، ص ۲۲۴، سؤال ۳۷۰.

۴- (۴) همان، ص ۲۳۴، سؤال ۳۸۰.

سؤال ۳۹۴: صلح فرار از دین صحیح است یا نه؟

جواب: اظهر عـدم صـحّت است. امّا لانصـراف ادلّه الصـلح، و امّا لقاعـده الضـرر، و امّا للاخبار الـدالّه علی النهی عن بیع العنب فیعمل خمراً و نحوها. و بها یمکن انْ یستَدلّ علی بطلان صلح ماله لاولاده للفرار عن الحجّ بعد حصول الاستطاعه.(۱)

۴) تصـرف مریض نافـذ و مقـدم بر دیـن اسـت، اگر چه فراگیر باشـد، بلکه حـتی اگر قصـدش اضـرار به دیـان و [فرار] از دین باشد.(۲)

توضیح اینکه رأی ایشان در کتاب سؤال و جواب متفاوت است از رأی ایشان در کتاب منجزات مریض.

۲ – آیه الله سـید ابوالحسن اصـفهانی: کسی که دیون او زیاد است – هر چند، چند برار اموال او باشد – تا هنگامی که به حکم حاکم شـرع محجور علیه نشـده جایز است برای او انواع تصـرفات و اصـناف تصـرفاتش نافـذ است هر جنـد به اینگونه که تمام اموالش را مجانـاً یـا در مقابـل عوض خارج کنـد. بله اگر مثلاً صـلح و یا هبه ی اموال از برای فرار از ادای دیون باشـد صـحت مشکل

۱- (۱) همان، ص ۲۴۷، سؤال ۳۹۴.

۲- (۲) «و من المعلوم انّ تصـرفه [مریض] نافـذ و مقـدّم علی الـدین و إن کـان مسـتغرقاً بل و لوکان قصـده الإضـرار بالـدیان و [الفرار] من الـدین إذ غـایه الأـمر حرمه ذلـک و أمّا المعامله فصـحیحه بعـد عـدم تعلّق حق الـدیان فی حال الحیوه بالمال». سید محمد کاظم طباطبائی یزدی، منجزات المریض، ص ۳۵.

است خصوصاً در جایی که حصول مال دیگری به واسطه ی اکتساب و مانند آن امید نرود.(۱)

۳ - آیه الله شیخ محمد باقر زند کرمانی راجع به صلح به قصد فرار از دین می فرماید: ظاهر بطلان چنین صلحی است.(۲)

۴ - آیه الله سید محمد رضا گلپایگانی: صلح مایملک بقصد محفوظ ماندن مال جهت ورثه و محروم شدن غرماء صلح فرار از دین و صحت چنین صلحی مورد اشکال است.(۳)

۵ -

ص:۱۸۳

۱- (۱) «من کثرت علیه الدیون ولو کانت أضعاف أمواله، یجوز له التصرف فیها بأنواعه و نفذ أمره فیها بأصنافه ولو بإخراجها جمیعاً عن ملکه مجاناً أو بعوض ما لم یحجر علیه الحاکم الشرعی. نعم لو کان صلحه عنها أو هبتها مثلاً لأجل الفرار من أداء الدیون یشکل الصحه، خصوصاً فیما إذا لم یرج حصول مال آخر له باکتساب و نحوه». وسیله النجاه، ج ۲، ص ۱۴۰؛ و مانند همین است فتاوی: امام خمینی (تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۱۸)، آیه الله سید محمد رضا گلپایگانی (هدایه العباد، ج ۲، ص ۸۷؛ مجمع المسائل، ج ۳، ص ۱۲۷)، آیه الله سید عبد الأعلی سبزواری (مهذّب الأحکام، ج ۲، ص ۱۵۳ و ۱۵۴)، آیه الله سید علی سیستانی (منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۳۴۱)، آیه الله شیخ جعفر سبحانی، سلسله المسائل الفقهیه، ج ۲۴، ص ۹۸). همچنین حضرات آیات سید علی بهبهانی، سید محمد حسین برادران اصطهباناتی، سید محمد رضا آل یاسین، راجع به این مسأله از وسیله النجاه حاشیه ندارند که ظهور در موافقت آنان با مرحوم سید ابوالحسن دارد. بله، آیه الله سید صدر الدین صدر می فرماید: «فلایترک الإحتیاط و إن کان الأقرب البطلان». و آیه الله سید محمد حسینی کوه کمری می فرماید: «لایبعد الصحه مع قصد المعامله حقیقه».

۲- (۲) «الظاهر بطلان هذا الصلح». محمد باقر زند کرمانی، رفع النزاع، ص ۴۱.

۳- (۳) سید محمد رضا موسوی گلپایگانی، مجمع المسائل، ج ۳، ص ۱۲۷، سؤال ۳۶.

آیه الله شیخ محمد علی اراکی: اگر معاملات مجانی و یا معاملات معوضه ی بدهکار به منظور فرار از پرداخت بدهی و از بین بردن مال مجود برای اینکه بدست طلبکاران نرسد [انجام گرفته] و امید به پیدا شدن اموال دیگر برایش که ادای بدهی کند در بین نباشد صحت آن معامله محل اشکال است.(۱)

۶ - آیه الله شیخ محمد تقی بهجت:

سؤال: آیا معاملات حقیقی غیر معوضی که مدیون غیر محجور نسبت به اموالش به قصد فرار از دین انجام می دهد نافذ است؟

جواب: تکلیفاً جایز نیست، چون ضرر رساندن به غیر است، ولی وضعاً نافذ است.(۲)

۷ - آیه الله شیخ حسینعلی منتظری: معاملات مدیون غیر محجور با رعایت شرائط معامله اگر بمنظور فرار از دین نباشد صحیح و نافذ است، ولی اگر بمنظور فرار از اداء دین حالّ باشد حقیقی بودن معامله و صحت آن محل اشکال است.(۳)

۸ -

ص:۱۸۴

۱- (۱) ر. ک: بهرام درویش خادم، (کتاب) معامله به قصد فرار از دین در حقوق اسلام و ایران، ص ۱۰۹.

۲- (۲) محمد تقی بهجت، استفتاءات، ج ۳، ص ۳۴۹، سؤال ۴۴۵۴؛ و نزدیک به همین مضمون در: گفتمان حقوقی، شماره ی ۱۲، ص ۱۵۳.

۳- (۳) ر. ک: بهرام درویش خادم، (کتاب) معامله به قصد فرار از دین در حقوق اسلام و ایران، ص ۱۰۸.

آیه الله شیخ جواد تبریزی: معامله ی مدیون صحیح است ولی طلبکار می تواند ثمن را از مشتری به نحوی ولو به صورت اینکه به بایع برساند بگیرد و طلب خودش را از ثمن تقاص نماید.(۱)

۹ - آیه الله شیخ یوسف صانعی: باطل است چون - قطع نظر از انصراف ادله و اطلاقات عقود و معاملات از موارد سوء استفاده - لاضرر و لاحرج و نفی ظلم محکم و موجب بطلان می باشد.(۲)

۱۰ - آیه الله شیخ محمد هادی معرفت: چنین معامله ای گر چه صحیح واقع می شود ولی موقوف خواهد بود تا آنکه دیان رضایت دهند یا دادگاه ترخیص کند.(۳)

۱۱ - آیه الله شیخ محمد فاضل لنکرانی: به طور کلی مدیون مادامی که از طرف حاکم شرع محجور و ممنوع از تصرفات در اموالش نشده کلیه ی تصرفات و نقل و انتقالاتش نافذ است هر چند دیونش بیش از اموالش باشد. بلی اگر صلح یا هبه و مانند آن به منظور فرار از دین باشد حکم به

۱- (۱) گفتمان حقوقی، شماره ی ۱۲، ص ۱۵۴.

۲- (۲) همان.

۳- (۳) همان، ص ۱۵۳.

صحت مشکل است خصوصاً اگر امید نباشد که بعداً از راه کسب و غیره پولی بدست آورد و دیونش را بدهد.(۱)

۱۲ – آیه الله شیخ ناصر مکارم شیرازی:

۱) سؤال: آیا معاملات حقیقی غیر معوضی که مدیون غیر محجور نسبت به اموالش انجام می دهد نافذ است؟

جواب: در صورتی که به حکم حاکم شرع محجور نشده باشد معامله باطل نیست ولی کار حرامی مرتکب شده است.(۲)

۲) معاملات محاباتیه که سبب ضایع شدن حق طلبکاران می شود نیز جایز نیست و حتی صحت در این صورت مورد اشکال است.(۳)

نکته ی قابل ذکر اینکه ظاهر امر این است که دو فتوای فوق از آیه الله مکارم با هم تفاوت دارد و در موضع اول قائل به صحت شده اند و در موضع دوم در صحت اشکال کرده اند.

وصلی الله علی سیدنا محمّد وآله طاهرین

والحمد لله ربّ العالمین

۱– (۱) محمد فاضل لنکرانی، جامع المسائل، ج ۱، ص ۳۰۹، سؤال ۱۱۹۲.

۲– (۲) ناصر مکارم شیرازی، استفتاءات جدید، ج ۱، ص ۱۹۱.

۳– (۳) همان، ج ۳، ص ۲۱۲.

منابع و مآخذ

۱ – قرآن کریم.

مصادر شیعه

۲ – الأمالی، شیخ مفید، چاپ سوم،، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه ی مدرسین، ۱۴۱۵ ه –. ق.

۳ – تهذیب الأحکام، شیخ طوسی، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ ه –. ق.

۴ – عوالی اللآلی، ابن ابی جمهور احسائی، چاپ اول، قم، دار سید الشهداء، ۱۴۰۵ ه –. ق.

۵ – فقیه من لایحضره الفقیه، شیخ صدوق، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه ی مدرسین، ۱۴۱۳ ه –. ق.

۶ – الکافی، محمد بن یعقوب الکلینی، چاپ پنجم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۸۴ ه –. ش.

۷ – مستدرک الوسائل، حسین نوری، الطبعه الاولی، بیروت، مؤسسه آل البیت، ۱۴۰۸ ه –. ق.

۸ – معانی الأخبار، شیخ صدوق، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه ی مدرسین، ۱۴۰۳ ه –. ق.

۹ – وسائل الشیعه، شیخ حر عاملی، الطبعه الثانیه، بیروت، مؤسسه آل البیت (علیهم السلام) لاحیاء التراث، ۱۴۲۴ ه –. ق، ۲۰۰۳ م.

فقه و حدیث شیعه

۱۰ – الآراء الفقهیه، هادی نجفی، الطبعه الاولی، اصفهان، منشورات مهر قائم، ۱۴۲۹ ه –. ق.

۱۱ – إرشاد الأذهان، علامه حلی، ترجمه ی مهدی نجفی اصفهانی، تحقیق مهدی باقری سیانی و محمود نعمتی، چاپ اول، تهران، انجمن آثار و مفاخر فرهنگی، ۱۳۹۰ ه –. ش.

۱۲ – استفتاءات، محمدتقی بهجت، چاپ اول، قم، ۱۴۲۸ ه –. ق.

۱۳ – استفتاءات جدید، ناصر مکارم شیرازی، چاپ دوم، قم، انتشارات مدرسه ی امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۷ ه – . ق.

۱۴ – تحریر الوسیله، امام خمینی، تهران، مکتبه الاعتماد، ۱۴۰۳ ه –. ق.

۱۵ – تذکره الفقهاء، علامه حلی، قم، چاپ اول، آل البیت علیهم السلام.

۱۶ – توضیح المسائل، حسین وحید خراسانی، مدرسه ی باقر العلوم، ۱۳۷۹ ه –. ش.

۱۷ – التنقیح الرائع، مقداد بن عبدالله السیوری، چاپ اول، قم، کتابخانه ی آیه الله مرعشی، ۱۴۰۴ ه –. ق.

۱۸ –

ص:۱۸۸

جامع المسائل، محمد فاضل لنکرانی، چاپ یازدهم، قم، امیر العلم، ۱۴۲۸ ه -. ق.

۱۹ - رفع النزاع، محمد باقر زند کرمانی، تحقیق حسین حلبیان، چاپ اول، قم، امیر العلم، ۱۴۳۳ ه -. ق.

۲۰ - الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، شهید ثانی، الطبعه الاولی، قم، مطبوعات اسماعیلیان، ۱۴۱۵ ه -. ق.

۲۱ - روضه المتقین، محمد تقی مجلسی، چاپ دوم، قم، مؤسسه ی فرهنگی اسلامی کوشانبور، ۱۴۰۶ ه -. ق.

۲۲ - ریاض المسائل، سید علی طباطبایی، چاپ اول، قم، آل البیت علیهم السلام، ۱۴۱۸ ه -. ق.

۲۳ - سؤال و جواب، سید محمد کاظم طباطبائی یزدی، چاپ اول، تهران، مرکز نشر العلوم الاسلامی، ۱۴۱۵ ه -. ق.

۲۴ - سلسله المسائل الفقهیه، جعفر سبحانی، چاپ اول، قم.

۲۵ - شرایع الاسلام، محقق حلّی، چاپ سوّم، قم، مؤسسه ی مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۷۳ ه -. ش.

۲۶ - غنیه النزوع، سید ابن زهره حلبی، چاپ اول، قم، مؤسسه ی امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ ه -. ق.

۲۷ - فقه الصادق، سید صادق روحانی.

۲۸ -

ص:۱۸۹

قاعده لاضرر، سید علی سیستانی، قم، دفترآیه الله سیستانی.

۲۹ – قاعده لاضرر، شیخ الشریعه اصفهانی، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه ی مدرسین، ۱۴۱۰ ه -. ق.

۳۰ – مبانی منهاج الصالحین، سید تقی طباطبایی قمی. بیروت، دارالسرور، ۱۴۱۸ ه -. ق، ۱۹۹۷ م.

۳۱ – المبسوط فی فقه الإمامیه، شیخ طوسی، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ ه -. ق.

۳۲ – مجمع المسائل، سید محمد رضا موسوی گلپایگانی، چاپ دوم، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۰۹ ه -. ق.

۳۳ – مرآه العقول، محمد باقر مجلسی، چاپ دوم، تهران، دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۴ ه -. ق.

۳۴ – المسائل المنتخبه، سید علی سیستانی. الطبعه الاولی، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ ه -. ق، ۱۹۹۲ م.

۳۵ – مکاسب، مرتضی انصاری، چاپ اول، قم کنگره ی جهانی بزرگداشت شیخ انصاری، ۱۴۱۵ ه -. ق.

۳۶ – ملاذ الاخیار، محمد باقر مجلسی، چاپ اول، قم، کتابخانه ی آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۶ ه -. ق.

۳۷ –

ص:۱۹۰

منجزات المریض، سید محمد کاظم طباطبایی یزدی، (همراه با حاشیه المکاسب چاپ شده).

۳۸ – منهاج الصالحین، سید علی حسینی سیستانی، الطبعه الاولی، مشهد مقدّس، دفتر آیه الله سیستانی، ۱۴۲۷ ه –. ق.

۳۹ – المهذب البارع، احمدابن فهد حلی، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی جامعه ی مدرسین، ۱۴۰۷ ه –. ق.

۴۰ – مهذب الأحکام، سید عبدالأعلی سبزواری، چاپ چهارم، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ ه –. ق

۴۱ – وسیله النجاه، سید ابوالحسن اصفهانی، (همراه با تعلیقات حضرات آیات، سید علی بهبهانی، سید محمد حسینی کوه کمری، سید صدر الدین صدر، سید محمد رضا آل یاسین، سید محمد حسین برادران اصطهباناتی، سید محمد رضا گلپایگانی، امام خمینی) چاپ اول، اصفهان، انتشارات وسپان، ۱۳۸۸ ه –. ش.

۴۲ – هدایه العباد، سید محمد رضا گلپایگانی، چاپ اول، قم، دار القرآن، ۱۴۱۳ ه –. ق.

حقوق

۴۳ – حقوق مدنی، سید حسن امامی، تهران، انتشارات اسلامیه.

۴۴ – قواعد فقه بخش مدنی (مالکیت، مسؤولیت)، سید مصطفی محقق داماد، چاپ سی و دوم، تهران، مرکز نشر اسلامی، ۱۳۹۰ ه –. ش.

۴۵ –

گفتمان حقوقی (نشریه ی دانشگاه علوم اسلامی رضوی)، شماره ی ۱۲، بهار ۱۳۸۶.

۴۶ – معامله ی به قصـد فرار از دین در حقوق اسـلام و ایران (کتاب)، بهرام درویش خادم، چاپ اول، تهران، انتشارات کیهان، ۱۳۷۰ ه –. ش.

اصول فقه شیعه

۴۷ – بحوث فی علم الاُصول، شهید سید محمد باقر صدر، چاپ پنجم، قم، دائره المعارف فقه اسلامی، ۱۴۱۷ ه –. ق.

۴۸ – الرسائل، امام خمینی، چاپ اول، قم، مطبوعات اسماعیلیان، ۱۴۰۹ ه –. ق.

۴۹ – فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، عیسی ولائی، چاپ چهارم، تهران، نشر نی، ۱۳۸۴ ه – ش.

۵۰ – منتقی الاُصول، سید محمد روحانی، چاپ اول، قم، چاپخانه امیر، ۱۴۱۳ ه –. ق.

نرم افزار

۵۱ – جامع فقه اهل البیت ۲.

۵۲ – درایه النور.

نگاهی به علم اصول

رابطه ی فقه و اصول فقه

علم اصول فقه مستخرج از فقه و ملازم با فقه است، و از جهتی بیان شده که در تدوین متأخر از علم فقه است و از جانب دیگر چون مشتمل بر قواعدی فرافقهی است - از قبیل مباحث استظهارات الفاظ - مقدم بر فقه می توانند باشد. اهمیت و اهتمام به اصول فقه آن چنان است که گفته شده: «من لا اصول له لا فقه له». وبه تعبیر آخوند صاحب کفایه: «ما من مسأله الا و یحتاج فی استنباط حکمها الی قاعده او قواعد برهن علیها فی علم الاصول»(۱)

اصول فقه مستند

از آنجا که فقه امامیه تنها فقه قابل استناد است لذا تنها اصول فقه مستند و مفید اصول فقه شیعه است که مبتنی بر بنیان مرصوص قرآن و عترت و سنت است و لذا شخصی مانند ابوحنیفه که نقل کرده اند در ۴۰۰ مسأله با پیامبر اسلام (صلی الله علیه

ص:۱۹۳

۱- (۱) محمد کاظم خراسانی، کفایه الاصول، ص ۴۶۸.

و آله و سلم) مخالفت کرده نمی تواند مبین فقه و یا اصول فقه باشد.

طبق حدیث متواتر مسلّم نبی اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) فرموده اند: «اِنّی تارک فیکم الثقلین: کتاب الله و عترتی اهل بیتی ما إن تمسکتم بهما لَنْ تضلّوا أبداً و انّهما لن یتفرقا حتّی یردا علی الحوض».(۱)

و قطعاً و مسلماً هیچ یک از ائمه ی مذاهب اربعه از اهل بیت نبی اکرم (صلی الله علیه و آله و سلم) نیستند، پس حجت نیستند؛ و نه تنها حجت نیستند بلکه در بسیاری موارد آراء آنها مخالف با حجت که همان مکتب قرآن و اهل بیت (شیعه اثنی عشری) است می باشد. لذا فقه و اصول فقه مدوّن توسط آنها قابل استناد و حجت شرعی نیست.

امام باقر (علیه السلام) به سلمه بن کهیل و حکم بن عتیبه فرمود:

«شرّقا و غرّبا فلا تجدان علماً صحیحاً الاّ شیئاً خرج من عندنا اهل البیت»(۲) ؛ به شرق روید و به غرب روید، هرگز علم صحیحی نمی یابید مگر آنچه از نزد ما اهل بیت خارج شود.

مؤسسین اصول فقه

و محقق عالی قدر سید حسن صدر چنین آورده:

«فاعلم، انَّ اوّل من أسَّس اصول الفقه و فتح بابه و فتق مسائله: الامام ابوجعفر الباقر (علیه السلام)، ثم بعده ابنه الامام ابوعبدالله الصادق (علیه السلام) و قد املیا

ص:۱۹۴

۱- (۱) محمّدباقر مجلسی، بحارالأنوار، ج ۲۳، ص ۱۰۶.

۲- (۲) محمّدیعقوب کلینی، الکافی، ج ۱، ص ۳۹۹.

علی اصحابهما قواعده...».(۱)

و محقق گرامی جناب آقای سید احمد میرعمادی در کتاب «ائمه (علیهم السلام) و علم اصول» به این مطلب پرداخته و بیان می دارد: در نظر شیعه، مسائل این علم ریشه در عصر ائمه (علیهم السلام) دارد و آنان، به خصوص امام باقر و امام صادق (علیهما السلام) اصول و شیوه های بهره وری از قرآن و سنت را تعلیم داده اند بدین صورت که ائمه (علیهم السلام) با املای قواعد و کلیات علم اصول به شاگردان خود زمینه را برای پیدایش چنین علمی فراهم نموده اند.(۲)

و ائمه (علیهم السلام) خود متکفل بیان اصول بوده اند، چنانچه از بیان امام به حق ناطق جعفر بن محمد الصادق (علیهما السلام) آورده اند: «انّما علینا أن نلقی إلیکم الأصول و علیکم أن تفرّعوا».(۳)

و همچنین از کتاب احمد بن محمد بن ابی نصر بزنطی از عالم آل محمد (علیهم السلام) علی بن موسی الرضا (علیه السلام) نقل کرده اند که فرمودند: «علینا القاء الاصول و علیکم التفریع».(۴)

اولین مؤلف در علم اصول فقه

به اعتقاد محققین شیعه اولین مؤلفی که در این فنّ دست به نگارش زده هشام بن الحکم از اصحاب امام صادق و امام کاظم (علیهما السلام) است و دو کتاب از

۱- (۱) سید حسن صدر، تأسیس الشیعه، ص ۳۱۰.

۲- (۲) سید احمد میرعمادی، ائمه و علم اصول، ص ۱۸.

۳- (۳) محمّد بن الحسن الحر العاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۷، ص ۶۲، ح ۳۳۲۰۱.

۴- (۴) همان، ح ۳۳۲۰۲.

ایشان یاد می کند: ۱ - کتاب الالفاظ ۲ - کتاب الأخبار کیف تصح.(۱)

و محقق گرانقدر جناب آقای علی پور در کتاب درآمدی به تاریخ علم اصول به خوبی به اثبات این مطالب و ردّ بر کسانی که اولین نویسنده را ابویوسف یا شافعی معرفی کرده اند پرداخته اند، و به نقد کلام امثال ابوزهره که بر نظریه ی سید حسن صدر خرده گرفته پرداخته اند.

آنچه انصاف اقتضا می کند این است که تقدم عامه در تدوین کتبی در مباحث علم اصول به هیچ وجه ثابت نیست و مصنفات آنها هم به هیچ عنوان حجت نیست.

قابل تذکر اینکه مصنفین از شیعه از باب مسائل اصولی در عصر ائمه (علیهم السلام) منحصر در یک نفر نیست بلکه از بزرگانی نظیر یونس به عبدالرحمن و محمد بن أبی عمیر و دارم بن قبیصه و یعقوب بن سکّیت و فضل بن شاذان کتاب هایی راجع به مسائل اصولی ذکر شده است.(۲) و این تألیفات اصحاب در زمان عصر غیبت صغری و کبری ادامه داشته تا به امروز که دانش اصول یکی از پرتألیف ترین عرصه های دانش شیعی است.

برخی ظاهراً با کم دقتی در تاریخ و به کار بردن دلایل استحسانی به جای شواهد تاریخی تدوین اصول در عامه را مقدم بر شیعه دانسته اند به این استدلال که شیعه به خاطر دسترسی به نصوص و روایات اهل البیت در عصر ظهور ائمه (علیهم السلام) احتیاجی به اصول نداشته اند و حال آنکه استناد به این وجوه استصالی در امور تاریخی، اعتباری ندارد، و این استدلال هم قابل خدشه است چه اینکه بنابر آنچه دانسته شد اصول فقه ملازم با فقه و فقاهت است و گفتنی نیست که فقهای اصحاب ائمه آل البیت (علیهم السلام) صرفاً به جزئیات و مسائل پراکنده ی فقه

۱- (۱) رجال نجاشی، ص ۴۳۳ و فهرست ابن ندیم، ص ۲۲۴.

۲- (۲) سید احمد میرعمادی، همان، ص ۱۸ و ۱۹.

پرداخته باشند و از اصولی که خود ائمه (علیهم السلام) بر القاء آن اصرار داشته اند غافل بوده باشند. گویا بنیان های این سخن پس زمینه ی فکری افراد بی اطلاعی است که تصور می کنند با ظهور حضرت حجه بن الحسن العسکری (عجل الله تعالی فرجه) بساط فقها برچیده می شود و فقاهت بنیان کن می شود!! باتوجه به آنچه گذشت روشن می شود که استناد عبدالکریم زیدان به گفته ی آقای محمود شهابی در تقدم عامه در تدوین اصول مردود و غیرقابل استناد است،(۱) آنچه قابل استناد است قول متقدمین مانند نجاشی و ابن ندیم است، نه قول کسانی که بیش از هزار سال تأخر دارند.

گذشته از اینکه اصولی که مستند به آل البیت (علیهم السلام) نباشد بلکه مخالف با نظرات آنان باشد قطعی البطلان و مسلوب الحجیه است مسلماً، ولو مقدم بر حضرت آدم و به دست متعصب ترین عامی تدوین شود، فتأمّل.

تعریف علم اصول

مرحوم شیخ محمدتقی صاحب هدایه المسترشدین تعریف اصول فقه را در دو تعریف به بیان معنای اضافی اصول فقه و معنای علمی آن مطرح نموده اند و به بحث مفصّل پرداخته اند و سپس می فرمایند:

و امّا حدّه بالنظر الی معناه العلمی: فهو علی ما اختاره جماعه من المتأخرین: هو «العلم بالقواعد الممهده لاستنباط الأحکام الشرعیه الفرعیه».

پس با «قواعد» علم متعلق به جزئیات مانند علم رجال خارج شد و با «ممهده لاستنباط الاحکام» علوم غیرآلی خارج شد و با تقیید به «الشرعیه» علم متعلق

۱- (۱) عبدالکریم زیدان، الوجیز، ص ۱۶.

خارج شد زیرا آماده سازی آن برای استنباط احکام شرعی نبوده بلکه برای مطلق صحیح سازی فکر و نظر در کسب مطالب نظری و همچنین خارج شد آن قواعدی که برای استنباط احکام عقلی است، و با «الفرعیه» خارج شد قواعدی که در بعضی مقامات آورده شده برای استنباط احکام اصولی.(۱) و سپس به نقد و بررسی این تعریف می پردازند.

مرحوم شیخ محمدکاظم خراسانی صاحب کفایه الاصول علم اصول را چنین تعریف کرده اند: «أنّه صناعه یعرف بها القواعد التی یمکن أن تقع فی طریق استنباط الاحکام، أو التی ینتهی الیها فی مقام العمل».(۲)

و این تعریف از جهاتی با تعریف قبلی متفاوت است که ما به دو تفاوت اشاره می کنیم:

۱ - به جای «علم» از لفظ «صناعت» استفاده شده؛

۲ - با ذکر «أو التی ینتهی الیها فی مقام العمل» سعی شده که مباحث اصول عملیه نیز جایگاهی در تعریف علم اصول داشته باشند.

و شهید صدر در تعریف علم اصول چنین آورده اند: «علم الاصول هو العلم بالعناصر المشترکه فی الاستدلال الفقهی خاصه التی یستعملها الفقیه کدلیل علی الجعل الشرعی الکلّی».(۳)

و ایشان «عنصر مشترک» را آورده اند تا هم مباحث حجج و امارات و هم مباحث اصول عملیه را با این جامع عنوانی، مجتمع کنند.

۱- (۱) محمدتقی اصفهانی، هدایه المسترشدین، ج ۱، ص ۹۷.

۲- (۲) محمدکاظم خراسانی، کفایه الاصول، ج ۱، ص ۲۴.

۳- (۳) سید محمدباقر صدر، بحوث فی علم الاصول، ج ۱، ص ۳۱.

علّامه شیخ محمدتقی اصفهانی علم فقه را «علم استدلال» می دانند.(۱) شهید صدر نیز در دروس فی علم الاصول علم فقه را «علم عملیه الاستنباط» یاد کرده اند،(۲) حال در این استدلال و استنباط فقهی ما با قواعد و عناصر مشترکی مواجهیم که ما را در رسیدن به این هدف یاری می نمایند و محورهای کلی و عام این قواعد را فقهای اصولی در علم اصول مدون ساختند و به تحلیل و پرورش آن پرداختند.

موضوع علم اصول

عده ای از علما موضوع علم اصول را ادله ی اربعه (۱ - کتاب، ۲ - سنت، ۳ - اجماع، ۴ - عقل) قرار داده اند، و به این ترتیب چون حجیت آنها مسلم است، «مباحث الحجه» در اصول بحثی است مربوط به تنقیح موضوع و از مبادی تصوری محسوب می شود، لذا مرحوم صاحب فصول اشکال نموده اند و موضوع را ذات ادله با چشم پوشی از وصف دلیل بودن مطرح کرده اند.

لازم به ذکر است که مرحوم صاحب فصول برادر و شاگرد شیخ محمدتقی صاحب هدایه می باشند و طرز تفکر ایشان در کلام صاحب هدایه و در متن هدایه المسترشدین سابقه دارد، و آن در جایی است که مرحوم صاحب هدایه می نویسد: «و قد یقال إنَّ المقصود من ذلک [اصول الفقه] هو أدله الفقه من حیث انها ادله علیه فیرجع المراد إلی دلاله تلک الادله علی الفقه، و اثبات تلک الدلالات انما یکون فی الاصول، مسائله هو ثبوت الدلاله لکل من تلک الادله... و أنت خبیر بأن ادله الفقه من حیث أنها أدله علیه هی الموضوع لعلم الاصول، فهی بتلک الحیثیه أیضاً خارجه

۱- (۱) محمدتقی اصفهانی، هدایه المسترشدین، ج ۱، ص ۹۵.

۲- (۲) سید محمدباقر صدر، دروس فی علم الاصول، ج ۱، ص ۴۲.

عن الفنّ»،(۱) و ظاهراً مراد ایشان از «الفن» علم اصول فقه است.

و با این حساب اشکالی که مرحوم مظفر(۲) از فصول نقل می کند در هدایه المسترشدین نیز طرح شده.

گرچه علاّمه مظفر نیز اشکالی بر صاحب فصول دارند که: اگر شما موضوع را ذات ادله بدانید (به جهت داخل کردن اثبات حجیت ادله در مسائل علم اصول)، دیگر موضوع منحصر به اربعه نمی شود.

البته شاید بتوان اشکال مرحوم مظفر را به این گونه پاسخ گفت که نظر به ذات ادله ی اربعه، بدون وصف دلیلیت و حجیت، مفروض و ممکن است و تلازمی بین لحاظ اربعه و لحاظ وصف دلیلیت در آنها نیست.

و این سخن مرحوم مظفر که می فرماید:

«فالالتزام بأن الموضوع هو الاربعه فقط ثم الالتزام بانها بما هی هی لا یجتمعان»،(۳) قابل خدشه است و ما می گوییم: ممکن است لحاظ انحصار با غضّ نظر از وصف دلیلیت.

مرحوم صاحب کفایه می فرمایند: «ان موضوع علم الاصول هو الکلّی المنطبق علی موضوعات مسائله المتشتته، لا خصوص الأدله الاربعه، بما هی الادله، بل لا بما هی هی».(۴)

آیه الله بروجردی نیز موضوع اصول را «حجت در فقه» می دانند.(۵) و آیه الله شهید

۱- (۱) محمدتقی اصفهانی، هدایه المسترشدین، ج ۱، ص ۹۵.
۲- (۲) محمدرضا مظفر، اصول الفقه، ج ۲، ص ۱۰.
۳- (۳) محمدرضا مظفر، همان، ص ۱۱.
۴- (۴) محمدکاظم خراسانی، همان، ص ۲۲.
۵- (۵) سید حسین بروجردی، نهایه الاصول، ص ۱۵.

صـدر بر این عقیـده اند که موضوع علم اصول ادله ی مشترکه در اسـتدلال فقهی است.(۱) و به هر حـال اگر مراد از موضوع، همان محور مباحث در علم اصول باشد، این محور عبارت است از امارات و حجج و ادله و اصول عملی.

غرض از علم اصول

برای هر علمی غرضـی است، مثلاًـ غرض از علم نحو حفـظ زبـان بر گفتـار است و غرض از علم منطق حفظ ذهن از خطای در فکر است، و غرض از علم اصول را می توان «استدلال صحیح و مطابق موازین و حجج» دانست.

ادوار علم اصول

محقق گرامی جناب آقای مهدی علی پور ادوار علم اصول در تاریخ تشیع را به شش دوره تقسیم نموده:

۱ – دوره ی پیدایش و تأسیس؛

۲ – دوره ی توسعه و تدوین؛

۳ – دوره ی تکامل؛

۴ – دوره ی پیدایش و اوج اخباری گری و ضعف اصول؛

۵ – دوره ی تجدید حیات و تحولات شگرف در اصول فقه؛

۶ – دوره ی ژرف نگری در اصول.(۲)

وصلی الله علی سیدنا محمّد وآله طاهرین

والحمد لله ربّ العالمین

۱– (۱) سید محمدباقر صدر، همان، ص ۵۲.

۲– (۲) مهدی علی پور، درآمدی به تاریخ علم اصول، ص ۵۰۶ تا ۵۱۲.

منابع و مآخذ

۱. اصول الفقه، محمدرضا مظفر.

۲. ائمه (علیهم السلام) و علم اصول، سید احمد میرعمادی.

۳. بحارالأنوار، محمّدباقر مجلسی.

۴. بحوث فی علم الاصول، (سید محمود هاشمی شاهرودی)، سید محمدباقر صدر

۵. تأسیس الشیعه، سید حسن صدر.

۶. دروس فی علم الاصول، سید محمدباقر صدر.

۷. درآمدی به تاریخ علم اصول، مهدی علی پور.

۸. رجال، نجاشی.

۹. فهرست، ابن ندیم.

۱۰. کافی، محمّدیعقوب کلینی.

۱۱. کفایه الاصول، محمد کاظم خراسانی.

۱۲. وسائل الشیعه، محمّد بن الحسن الحر العاملی.

۱۳. الوجیز، عبدالکریم زیدان.

۱۴. هدایه المسترشدین، محمدتقی اصفهانی.

۱۵. نهایه الاصول، سید حسین بروجردی.

ص:۲۰۲

مسلک منجزیت احتمال

قاعده ی قبح عقاب بلا بیان (عدم منجزیه الاحتمال)

در این مجال ما به یکی از مباحث اصولی مطرح در کتاب المحاضرات می پردازیم که آیا براءت عقلی ثابت است یا نه؟ و آیا احتمال تکلیف منجّز است یا نه؟

مرحوم آخوند صاحب کفایه بیان داشته: اگر شک شود در وجوب چیزی یا در حرمت چیزی و جهتی بر آن نباشد، جایز است شرعاً و عقلاً ترک اوّل (محتمل الوجوب) و فعل دوّم (محتمل الحرمه).

و در ادامه می آورد که استدلال شده بر این مطلب به ادله ی اربعه.(۱)

و در دلیل عقلی بیان می دارد: «وامّا العقل فإنه قد استقلّ بقبح العقوبه والمؤاخذه علی مخالفه التکلیف المجهول، بعد الفحص والیأس عن الظفر بما کان حجه علیه، فإنهما بدونها عقابٌ بلا بیان و مؤاخذةٌ بلا برهان، وهما قبیحان بشهاده الوجدان»(۲).

که در این عبارت عقاب و مؤاخذه بر تکلیف محتمل مجهول را قبیح دانسته اند به حکم مستقل عقلی و شهادت وجدان. ولی در همین مورد برخی بزرگان از جمله مرحوم سید محمّد محقّق داماد و شهید صدر اشکال دارند؛ البته کاملاًروشن است که در استدلال خدشه ی در یک دلیل به دیگر ادله سرایت نمی کند و ای بسا مطلب صحیح باشد هرچند یکی از چند دلیلی که بر آن اقامه شده مخدوش باشد، لذا

۱- (۱) ر.ک: کفایه الأصول، ص ۳۳۸.

۲- (۲) همان، ص ۳۴۳.

قاطبه ی اصولیون اصاله البراءه را پذیرفته اند، هرچند در قاعده ی قبح عقاب بلا بیان از برخی از سوی بزرگان اصولیین اشکال شده.

فرزند ایشان آیه الله سید مصطفی محقّق داماد در رابطه با پدر بیان داشته: «می دانید که یکی از مباحث مهم علم اصول، قاعده ی عقاب بلا بیان است. این قاعده ی عقلی و عقلایی از مسلمات علم اصول است. مرحوم آقای داماد در تقریرات اصول خود عقلائی بودن آن را برای اولین بار زیر سؤال برده و استدلال کرده اند که عقل مستقلاً به قبح چنین عقابی نمی رسد»(۱).

البته ظاهراً در تعلیقه ی آیه الله سید عبدالحسین لاری (۱۲۶۴-۱۳۴۲ ق) بر رسائل قبل از آیه الله سید محمّد محقّق داماد به این مطلب اشاره شده.(۲)

در تعلیقه ی بر فرائد الأصول آیه الله سید عبدالحسین لاری بیان شده: «ومفاد أدله البراءه ومحل النزاع فیها إنّما هو فی إثبات البراءه بعد الفحص عن البیان واحراز عدم البیان لا ـ تفصیلًا ولا ـ إجمالاً ـ حتّی یتحقّق موضوع البراءه، لا ـ فی إثبات البراءه قبل الفحص حتّی ینافیها قاعده دفع الضرر المقتضیی للفحص عن البیان وترد قاعده الدفع علیها، بل الورود إنّما هو لقاعده قبح العقاب بلا بیان علی قاعده دفع الضرر ولکن هذا مبنی علی تمامیه قبح العقاب عقلًا وأما علی تقدیر عدم تمامیتها عقلًا وإنّما لو تمّت فإنّما هو شرعاً کما هو الحق. فلا ـ إشکال فی ورودها علی قاعده رفع الضرر مطلقاً، سواء اعتبرت قاعده الدفع من باب الإلزام أو الإرشاد إلی الحذر عن مخالفه الواقع»(۳).

که در این عبارت قبح عقاب بلا بیان را قاعده ای عقلی نمی دانند، ولی به بیان

۱- (۱) مهرنامه، ش ۳۲، ص ۱۸۲.

۲- (۲) تعلیقه فرائد الأصول، ج ۲، ص ۲۷۲.

۳- (۳) سید عبدالحسین لاری، تعلیقه فرائد الأصول، ص ۲۷۱ و ۲۷۲.

خویش براءت شرعی را پذیرفته اند و براءت شرعی را وارد و مقدم بر قاعده ی دفع ضرر دانسته اند.

که ظاهراً این تعلیقه در سال ۱۴۱۸ ق برای اولین بار توسط همایشی که جهت بزرگداشت ایشان برپا شده چاپ شده. و اینکه چنین اثری در اختیار آیه الله سید محمّد محقّق داماد بوده باشد بعید است.(۱)

به هر حال آیه الله سید محمّد محقّق داماد در بیانی دارند که:

«الکلام فی وجود قاعده قبح العقاب بلا بیان وعدمها».

مرحوم سید محمّد محقّق داماد در مبحث تمسک به دلیل عقل سؤالی در اصلِ وجود قاعده ی قبح عقاب بلا بیان مطرح می نمایند: «الإشکال فی وجود هذا الحکم [أی قبح العقاب بلا بیان] من العقل مطلقاً أو عدمه مطلقاً أو یفصل بین الموارد»(۲).

و با این عبارت قاعده قبح عقاب بلا بیان را به چالش می کشد، وحتی امکان عدم مطلق در این قاعده را مطرح می کند.

۱- (۱) استاد دکتر سید مصطفی محقق داماد در مکتوبی که با پست الکترونیک برای اینجانب ارسال نمودند بیان داشته اند:جناب حلبیانسلام مقاله را خواندم دستتان درد نکند. ضمناً: ۱ - کتاب آقای لاری بعدازفوت داماد چاپ شده واصولا ایشان لاری را نمی شناختند بنابرین عدم تاثر قطعی است نه بعید ۲ - حسب آنچه از مقام رهبری شنیدم نظرات صدر در چند مورد نزدیک به داماد است نه یک مورد وانگهی بطوری که خودم از [شهید صدر] شنیدم فرمودند من از نوشته های درس داماد که نزد ابن عمم موسی بود زیاد بهره بردم. م داماد.

۲- (۲) المحاضرات، ج ۲، ص ۲۳۷.

استاد آیه الله دکتر سید مصطفی محقّق داماد نیز در جلد چهارم قواعد فقه (بخش جزایی) در بحث از قاعده ی قبح عقاب بلا بیان آورده است: در قرن اخیر عقلی بودن این قاعده مورد تردید واقع شده است. در دست نوشته های درس اصول فقه مرحوم والد چنین آمده است که هرگاه فرد مکلف پس از فحص و بررسی، اطمینان حاصل کند که خداوند امری را بر او تکلیف ننموده، بی گمان هیچ گونه تکلیفی ندارد و عقاب چنین شخصی در فرض خطا قبیح است؛ امّا چنانچه احتمال وجود تکلیف و عدم وصول به خویش را بدهد مقتضای حکم عقل تأمین خواسته و امتثال منویات الهی است.(1)

توضیح لازم اینکه ظاهراً استاد سید مصطفی محقّق داماد این عبارت را قبل از انتشار المحاضرات از دست نوشته های آیه الله طاهری که در اختیار داشته اند نقل می کند، زیرا خود ایشان در پاورقی راجع به تقریرات درس اصول فقه پدرشان آیه الله سید محمّد محقّق داماد می نویسد: «دوره ی کامل توسط آیه الله حاج سید جلال الدین طاهری اصفهانی، امام جمعه ی اصفهان، تقریر شده که به دستور مرحوم والد همان روزها استنساخ شد و برای تدریس دوره های بعد مورد استفاده قرار گرفت. پس از رحلت ایشان همان یادداشت ها میراث ماندگار برای ما باقی ماند»(2).

که با توجه به اینکه سال کناره گیری ایشان از امامت جمعه سال ۱۳۸۱ ش است و سال انتشار المحاضرات توسط انتشارات مبارک در اصفهان برای اولین چاپ در سال ۱۳۸۲ ش می باشد می توان نتیجه گرفت که استاد محقّق داماد مطلب فوق را از دست نوشته های پدرشان قبل از چاپ کتاب المحاضرات استفاده و نقل می کند.

۱- (۱) سید مصطفی محقّق داماد، قواعد فقه، ج ۴، ص ۲۰ و ۲۱.

۲- (۲) همان، پاورقی صفحه ی ۲۰.

بیان منقول از استاد سید موسی شبیری زنجانی

محقّق توانا جناب آقای رضا اسلامی در کتاب «نظریه ی حق الطاعه» چنین آورده: «آیه الله سید موسی زنجانی از جمله کسانی است که منکر قاعده ی قبح عقاب بلاـ بیان به عنوان یک قاعده ی عقلی است و حکم عقل به احتیاط را صحیح می دانند. ایشان معتقدند که دلیلی بر صحت براءت عقلی وجود ندارد. اما قاعده ی قبح عقاب بلا بیان، اگر به معنای قبح عقاب بلا حجیت باشد که قضیه ی ضروریه ی به شرط محمول خواهد بود و در غیر این صورت، اصل قاعده ی مذکور مقتضای حکم عقل نیست. اما ادله ی مشهور که گویند: «عقاب بر مخالفتِ تکلیفِ واقعی غیر معلوم، ظلم است» و یا گویند: «تکلیفِ واقعی غیر معلوم، اقتضای تحریکِ عبد را ندارد» و مانند آن، هیچ کدام دلیل محسوب نمی شود و سخن مشهور ادّعایی بیش نیست. آن گاه حکم عقل به دفع ضرر محتمل مطرح می شود و براساس آن باید قائل به احتیاط شد.

ایشان از استاد خود مرحوم آیه الله سید محمّد محقّق داماد نیز قول به احتیاط عقلی و انکار براءت عقلی را نقل کرده و فرموده اند: از جمله نکاتی که محقّق داماد در تقریب حکم عقل بیان می کرد، آن بود که عقل اهداف شارع را کمتر از اهداف خود نمی داند و از این رو عقل حکم می کند که اگر عبد در برابر تکالیف مولا و اوامر و نواهی محتملِ او احتیاط نکند و ترک احتیاط منجر به مخالفت با تکلیف واقعی محتمل شود، مستحق عقوبت است.

ما می بینیم که انسان در راه تأمین أغراض شخصی خود احتیاط می کند؛ مثلًا اگر تشنه باشد و نداند آب در کدام طرف است، به هر سویی که احتمال دستیابی به آب وجود دارد، حرکت می کند و اگر خطری در کمین او باشد، هر وسیله ای را که محتمل است از خطر جلوگیری کند، به کار می گیرد. آن گاه عقل گوید: چگونه ممکن است اغراض مولا را کمتر از اغراض شخصی به حساب آورد و اگر انسان احتمال

داد که مولا چیزی از او خواسته است، چگونه ممکن است بی اعتنا از کنار آن بگذرد؟

نکته ی دیگری که محقّق داماد در تقریب احتیاط عقلی می فرمود، آن بود که حتّی در موالی عرفی نیز قبح عقاب بلاـ بیان جاری نیست؛ بلکه اگر مولویت مولا تمام باشد و حق اطاعت او بر عبد مسلّم شود، می تواند عبد را به دلیل ترک احتیاط و وقوع در مخالفت تکلیف واقعی توبیخ کند و این توبیخ در نظر عرف قبیح نیست.

سپس آیه الله زنجانی اضافه کرده اند: ثمره ی این بحث نیز مهم است، چون اگر ادله ی نقلی برای قول به احتیاط یا براءت، از جهت دلالت محل اشکال باشد، آن گونه که ما معتقدیم، نوبت به حکم عقل می رسد»(۱).

مسلک حق الطاعه (منجزیه الاحتمال)

مرحوم آیه الله شهید سید محمّدباقر صدر نیز با نقد مسلک قبح عقاب بلا بیان قائل به مسلکی شده اند به نام «مسلک حق الطاعه» که قائل است که مولویت ذاتی مولا اختصاص به تکالیف مقطوع ندارد بلکه شامل تکالیف محتمله هم می شود، و در مقام استدلال به این مسلک بیان داشته: «وهذا من مدرکات العقل العملی وهی غیر مبرهنه. فکما أنّ أصل حق الطاعه للمنعم والخالق مدرکٌ أوّلی للعقل العملی غیر مبرهن کذلک حدوده سعهً وضیقاً. وعلیه فالقاعده العملیه الأولیه هی أصاله الاشتغال بحکم العقل ما لم یثبت الترخیص الجادّ فی ترک التحفظ علی ما تقدم فی مباحث القطع. فلابدّ من الکلام عن هذا الترخیص وإمکان إثباته شرعاً وهو ما یسمی بالبراءه الشرعیه»(۲).

۱- (۱) رضا اسلامی، نظریه ی حق الطاعه، ص ۲۲۳ و ۲۲۴.

۲- (۲) سید محمّدباقر صدر، دروس فی علم الاصول، ج ۳، ص ۳۳۶.

که در این عبارت مرحوم شهید محمّدباقر صدر منجزیت احتمال تکلیف را مستند به عقل علمی می داند و بر این عقیده است که این حکم عقلی تا هنگامی که ترخیص از جانب شارع نیامده است و براءت شرعی ثابت نشده باقی است.

در ذیل این مطلب نقل قولی می کنیم از استاد سید مصطفی محّق داماد که بیان داشته اند: «من در سال ۵۸ که به نجف اشرف مشرف شدم، مرحوم آیه الله صدر از طریق شاگردشان شیخ محمّدحسن آموزگار که الان هم در ایران هستند به بنده اطلاع دادند که قصد دارند به دیدن بنده بیایند. ایشان به محض اینکه نشستند گفتند که «علاقتنا وراثیه» یعنی روابط ما ارثی است. بنده متوجه منظورشان نشدم. بعد ایشان گفتند که من شاگرد بالمنزله ی پدر شما هستم، چون پسرعموی بنده آقا موسی صدر شاگرد پدر شما بودند و نسبت به داشتن چنین استادی بسیار مسرور بودند و نوشته هایی از درس ایشان داشتند. این نوشته ها را در مباحثه ای که داشتیم موضوع بحث قرار دادیم. وقتی ایشان به لبنان رفتند این نوشته ها نزد من ماند و من از آنها استفاده می کردم. از آنجا ما متوجه شدیم که ایشان بحث حق الطاعه را از تقریرات درس اصول پدر من استفاده کرده اند.(۱)

همچنین استاد سید مصطفی محقّق داماد در جایی نوشته اند: در سفر حج سال ۱۳۷۶ از آیه الله حاج سید جلال الدین طاهری اصفهانی شنیدم که وقتی آقا موسی صدر می خواست به نجف برود قسمتی از نوشته های مرا امانت گرفت که متأسفانه تاکنون به من بازنگشته است.(۲)

ولی باید توجه داشت که این استنتاج استاد محقّق داماد قطعی نمی تواند باشد.

احتمال دیگری که مطرح شده اینکه مرحوم شهید صدر در حق الطاعه متأثر از استادش مرحوم آیه الله حاج سید محمّد روحانی بوده باشد. چه اینکه شهید سید عبدالصاحب حکیم

۱- (۱) مهرنامه، ش ۳۲، ص ۱۸۲.

۲- (۲) قواعد فقه، ج ۴، ص ۲۱.

در تقریرات درس آیه الله روحانی آورده است: «وبالجمله: لا سبیل إلی العقل فی باب العقاب وعلی هـذا ینتج لدینا إنکار حکم العقل بقبح العقاب بلا بیان، فالقاعده المشهوره لا أساس لها»(۱).

هرچنـد برخی تلامیـذ مرحوم شـهید صـدر هر دو احتمال را ردّ می کردنـد و معتقـد بودنـد که نظریه ی حق الطاعه ابتکار خود مرحوم شهید صدر است.

اصل قانونی بودن جرم و مجازات در حقوق موضوعه

در حقوق اصـلی وجود دارد که بیـان می دارد «حکم و اجرای مجازات بایـد بر اساس قانون باشـد» و نتیجه ی آن این است که در مواردی که قانونی وجود ندارد عقاب ما درست و قبیح است. و اصل سـی و شـشم قانون اساسی نیز بیان می دارد: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد».

حـال صـحبت این است که آیـا قاعـده و قبـح عقـاب بلاـ بیان و اصل قانونی بودن جرم و مجازات یکی است و یا تفاوت هایی وجود دارد؟ پاسـخی که اینجـا می توان داد اینکه گرچه این دو قـانون شـباهت زیـادی به هم دارنـد ولی تفاوتی که هست این است که در اصل قانونی بودن جرم، شک مطرح نیست و دسترسـی و علم به توام قوانین مفروض است، ولی در قبـح عقاب بلا بیـان فرض ایناست که بعـد از محض در تمام ادله (که قوانین شـرعی انـد و یا قوانین از آنها اسـتنباط می شود) به دلیلی دسـت نیـافتیم و صـرفاً شـک داریم و احتمـال وجود قـانون می دهیم. اصولیون قبـح عقـاب بلا بیان را برای چنین موردی اسـتفاده می کنند.

وصلی الله علی سیدنا محمّد وآله طاهرین

والحمد لله ربّ العالمین

۱- (۱) منتقی الأصول، ج ۴، ص ۴۴۲ و ۴۴۱.

منابع و مآخذ

۱. تعلیقه فرائد الأصول، سید عبدالحسین لاری.

۲. دروس فی علم الاصول، سید محمّدباقر صدر.

۳. قواعد فقه، سید مصطفی محقّق داماد.

۴. کفایه الاصول، محمدکاظم خراسانی.

۵. المحاضرات، (سید جلال الدین طاهری)، سید محمد محقق داماد.

۶. منتقی الأصول، سید محمد روحانی.

۷. مهرنامه، ش ۳۲.

۸. نظریه ی حق الطاعه، رضا اسلامی.

چند بحث اصولی

۱ – بحث ضد

آیـا أمر به شـیء مقتضـی نهی از ضـد است یـا نه؟ مثال معروف این مسأله این است که شخصـی مواجه می شود با نجاستی در مسـجد که واجب است بر او ازاله کردن آن و هنگـام نمـاز نیز فرا رسـیده جـای بر فرض اهم بـودن رفع نجـاست از مسـجد که موجب هتک حرمت مسـجد است بر او واجب است قبل از اشتغال به نماز ازاله ی نجاست از مسجد کند؛ برطرف کردن نجس می شـود مـأمور به فعلی، آیـا این امر فعلی متعلقـا به ازاله مـوجب تعلق نهی به نمـاز و درنـتیجه فسـاد و بطلان نمـاز می شود؟ همچنین این نزاع را می توانیم در رابطه با معاملات و سایر امور مباحه نیز تصور کنیم. مثلاً کسـی در وقت که نماز بر او واجب است، ترک نماز می کند و مشغول به مشاهده برنامه ی تلویزیون می شود، آیا باید این مشاهده ی تلویزیون را حرام دانست، یا مشـغول به عقد قرارداد بیع منزل می شود آیا باید این بیع و احرام دانست؟ و در مواردی که ضدّ منهی عبادت و یا معامله است این سؤال نیز مطرح است که بر فرض منهی بودن عبادت و معامله آیا این نهی موجب فساد معامله نیز می باشد؟

سؤال اول: آیا امر، شیء مقتضی نهی از ضد است یا خیر؟

سؤال دوم: و بر فرض این که مقتضی نهی باشد آیا این نهی مقتضی فساد نیز هست یا نه؟

در جواب از سؤال اول صاحب معالم می فرمایـد: الحق أنّ الأمر بالشـیء علی وجه الإیجاب لا یقتضـی النهی عن ضـدّه الخاص لفظاً ولا معنی. وامّا العام؛ فقه یطلق ویراد به احد الأضداد الوجودیه لا بعینه، وهو راجع إلی الخاص، بل هو عینه فی الحقیقیه فلا یقتضی النهی عنه أیضاً. وقد یطلق ویراد

به الترک. وهذا یدلّ الأمر علی النهی عنه بالتضمن.(۱)

جناب صاحب معالم: ضـدّرا به دو قسم ضدّ خاص و ضدّ عام تقسیم می کنند. ضدّ خاص به معنای معانه و منافی وجودی مثل دیدن برنامه ی تلویزیون که منافی انجام نماز است و ضدّ عام به معنای ترک نماز.

ایشان بر این عقیده اند که امر به شیء مقتضی نهی از ضد خاص نیست ولی مقتضی نهی از ضد عام است به دلالت تضمنی.(۲)

مرحوم حاجی کلباسی نیز در جواب از این سؤال بر این عقیده اند که: «اشاره: الأمر بالشیء لا یقتضی النهی عن ضدّه الخاص بوجهٍ ویقتضی النهی عن ضدّه الخاص».(۳)

و در جای دیگر آورده: «فالاقوی ثبوت الإقتضاء فی العام بمعنی الترک علی الأظهر أو الکفّ وعدمه فی العام بالمعنی الآخر والخاص اما الأوّل فلانه لو لاه لزم اجتماع الطلب الحتمی مع الاذن بالاخلال وهو محال لاستحاله الجمع بین النقضین وخروج الأمر عن مدلوله فان مدلول الأمر علی ما مرّ هو الطلب الخاص المعبر عنه بالطلب الحتمی فیلزمه المنع من الترک وعدم الرضاء علیه».(۴)

«فظهر کون الدلاله التزاماً بیناً بالمعنی الأعم...»

ص:۲۱۴

۱- (۱) معالم الدین، ص ۶۳.

۲- (۲) قول به تضمن مبنی بر این است که مدلول امر طلب الفعل به همراه منع از ترک باشد؛ البته این مبنا با تردید مواجه است.

۳- (۳) اشارات، ج ۱، ص ۷۷، طرف دوم، س ۲۱.

۴- (۴) همان، ص ۷۹، طرف دوم.

مرحوم حاجی با صاحب معالم در اصل این مطلب که امر، شیء مقتضی نهی از ضد عام است هم عقیده است، منتها دلالت را تضمن نمی داند و التزام بالمعنی الأعم می داند.

صاحب هدایه المسترشدین نیز با اصل منهی بودن ضد عام موافق است. و اقتضای امر برای نهی از ضد عام را به گونه ای واضح می داند که مجالی برای شک و ریب در آن وجود ندارد(۱) و قول به عدم اقتضاء را جدّاً ضعیف می داند.(۲)

ولی در کیفیت دلالت امر بر این معنا با صاحب معالم و حاجی اختلاف دارد: ایشان مفاد أمر را: طلب ایجاد مبدأ علی سبیل الجنه می داند که از همین خصوصیت تحتّم منع از ترک انتزاع می شود و این که حقیقت ایجاب امر بسیطی است را مانع این انتزاع و اقتضاء نمی دانند.(۳) چون امکان حصول مفاهیم متعدده به واسطه وجود واد بسیطها خارجی را واضح می دانند.(۴)

ایشان می فرمایند: فالحاصل فی الخارج طلبٌ بسیط خاص وهو مرتباً من الطلب بالغه إلی حدّ الإلزام والتحتّم لکنّه منحلّ عند العقل إلی الأمرین المذکورین.(۵)

و در تبیین مطلب می فرماید: «أنّ النهی عن الترک لیس مدلولاً تضمیناً للأمر بشیس‌ء، إذ لیس هناک طلب آخر فی ضمن الأمر متعلق بالترک، ولیس المنع من الترک المأخوذ جزءاً من الوجوب عباره عن النهی عن الترک، بل هو عنوان من الخصوصیه المأخوذه مع الطلب المایزه بینه وبین الندب، فإن تحتّم الطلب کونه بحیث یمنع من ترک

۱- (۱) هدایه المسترشدین، ج ۲، ص ۲۰۰.

۲- (۲) همان، ص ۲۰۱.

۳- (۳) همان، ص ۲۰۸.

۴- (۴) همان.

۵- (۵) همان، ص ۲۰۸ و ۲۰۹.

المطلوب...(۱)

و درنتیجه می فرماید: فظهر أن دلاله الأمر بالشیء علی النهی عن ضدّه العام لیس علی سبیل التضمن ولا الإلتزام، بل لیس مفاد النهی المفروض إلّا عین ما یستفاد من الأمر وإنّما یتغایران بحسب الإعتبار.

و شاید می توان این طور تبیین کرد: طلب ایجابی بسیط از این حیث که مبین طلب است دلالت بر معنای امر وجوبیدارد و از این حیث که مبین حتمی بودن طلب است دلالت بر نهی از ترک دارد.

در جواب این سؤال به همین جواب بسنده می کنیم.

و امّا در جواب از سؤال دوم: مشهور این است که نهی در عبادات مقتضی فساد است ولی نهی در معاملات دالّ بر فساد نیست.

صاحب کفایه می نویسند: «إن النهی المتعلق بالعباده بنفسها ولو کانت جزء عباده بما هو عباده - کما عرفت - مقتضی لفسادها، لدلاله علی حرمتها ذاتاً».(۲)

ایشان صحت عبادت را در گروه این می دانند که عمل صلاحیت تقرب هب آن عمل را داشته باشد و وقتی عملی حرام شد چنینی صلاحیتی ندارد.(۳)

البته حاجی در این باره مطلبی بیان کرده اند که قابل تأمل است: ایشان بیان داشته اند: ان النهی یقتضی الفساد مع الحمد لا مطلقاً لعدم دلالته علی غیره فَإنّ دلالته علی الفساد مخصوصاً به فالإرتماس فی الصوم والتأمین والتکفیر والقران فی الصلوه لا یفسد إذا کان عن سهو إلی غیر ذلک.(۴)

۱- (۱) همان، ۲۱۰.

۲- (۲) کفایه الأصول، ص ۱۸۶.

۳- (۳) همان.

۴- (۴) اشارات، ص ۱۰۸، طرف دوم.

و این کلام از این جهت قابل تأمل است که نماز با تکفیر و تأمین ذاتاً صلاحیت ندارد، لذا به جا آوردن آن سهواً باعث صلاحیت دار شدن آن نمی شود. بله ممکن به واسطه قاعده ی ثانویه مانند قاعده ی لاتعاد نماز با تکفیر سهوی تصحیح شود، ولی این باعث نمی شود که به طور مطلق گفته شود نهی از عبادات فقط در صورت عمد باعث نفی صحت است. نماز تراویح ولو سهواً خوانده شود فاسد است.

سؤال: در صورتی که شخصی که مأمور امر اهمّ بوده و بایستی ازاله ی نجاست می کرد، ازاله را ترک کرد و نماز خواند، آیا نماز او صحیح است؟

برخی می گویند: اقتضا عدم بطلان عدم اقتضا در این عدم بطلان

صاحب هدایه قائل به صحت نماز است خواه قائل به اقتضا شویم و خواه قائل به عدم اقتضاء. چون نهی تبعی مانع نیست.

و امّا کسانی که قائل به صحت هستند باید از اشکال بعض جواب بدهند.

در این رابطه برخی قائل. به ترتب شده اند و برخی مانند صاحب کفایه هرچند قائل به ترتب نشده اند ولی از راه رجحان و محبوبیت ذاتی نماز، آن را صحیح می دانند.

صاحب هدایه می فرماید: وعمده ما فُرِّع علی ذلک هو الحکم بفساد الضدّ وعدمه إذا کان عبادةً، سواء کانت واجبةً أو مندوبه.(۱)

ولی ایشان قائل به فساد عبادت در این مورد نیستند و می فرمایند: زیرا نهی غیری متعلق به عبادات موجب فساد نمی شود.(۲)

۱- (۱) هدایه المسترشدین، ج ۲، ص ۲۶۹.

۲- (۲) همان.

۲ – بحث ترتب

همان طور که صاحب هدایه منکر ثمره شدند و بعض نیز منکرند منتها صاحب هدایه قائل به صحت مطلق و بعض قائل به فساد مطلق اند.

بعض: نماز او را باطل می دانند خواه قائل به اقتضاء باشیم و خواه نباشیم. چون امر نداریم و تعلق امر ممکن نیست.

در جواب بعض دو نظریه وجود دارد:

۱ – جواب قائلین به ترتب

۲ – جواب منکرین ترتب

توضیح اشکال: اوّلاً: تعلق دو امر در آنِ واحد به یک مکلف تکلیف بما لا یطلاق است قبیح؛ ثانیاً: امر تعلق گرفته به ازاله؛ پس نتیجتاً نماز امر ندارد و امر به آن قبیح است. تعلق طلب به دو امر متضاد تکلیف به محل است.

جواب صاحب هدایه: لا ـ منع من تعلّق التکلیف بالفعلین المتضادّین علی الوجه المذکور ولا ـ مجال لتوهّم کونه من قبیل التکالیف بالمحال إذ تعلق الطلب بالمتضادین انّما یکون من قبیل التکلیف بالمّحال إن اکانا فی مرتبه واحده بأن یکمن الأمر مریداً لإیقاعهما معاً، نظراً إلی استحاله اجتماعهما فی الوجود، بالنسبه إلی الزمان المفروض. و أمّا إذا کانا مطلوبین علی سبیل الترتیب؛ بأن یکون مطلوب الآمر أوّلاً هو الإتیان بالأهمّ ویکون الثانی مطلوباً له علی فرض عصیانه للأول وعدم إثیانه بالفصل فلا مانع منهأصلاً، إذ یکون تکلیفه بالثانی حینئذٍ منوطاً بعصیانه للأول والنباء علی ترکه.(۱)

در این عبارت مرحوم صاحب هدایه با مبنای ترتب جواب بعض را می دهند. امر در عرض واحد به دو عمل تعلق نگرفته بلکه به صورت طولی و ترتیبی تعلق گرفته.

۱- (۱) هدایه المسترشدین، ج ۲، ص ۲۷۱.

و توجه امر به نماز مترتب است بر عصیان امر به ازاله و این مطلب هیچ محظور عقلی ندارد.

بر مبنای ترتب أم متعلق به ضدّ (امر به نماز) محفوظ می ماند و نماز با ترک ازاله صحیحاً واقع می شود.

مرحوم حاجی کلباسی نیز در اشارات بیان می دارد: إن الامر بالشیء کما انّه لا یقتضی النهی عن ضدّه لا یقتضی عدم الأمر به علی الأظهر.(۱) که این عبارت ظهور در پذیرش مبنای ترتب و ردّ قول بعض دارد و منظور از ضد نیز ضدّ خاص است.

مرحوم حاجی پس از چند سطر باز می فرماید: «ثمّ بما مر فیه یبین أن الأمر بالشیء لا یقتضی عدم استحباب ضده و یتفرع علیه صحه النافله أو الفریضه المتبرع بها للغیر فی وقت صلوه الآیات قبل الإتیان بها بحیث یستلزم الإتیان بها فوتها.(۲)

در این عبارت بیان می دارند که با پذیرش عدم محظور مأمور به بودن ضدّ خاص تفاوتی بین أمر وجوبی و أمر استحبابی نیست، پس اگر شخص در حین فوت شدن نماز واجب مأمور بها مانند نماز آیات، به نماز نافله پرداخت نماز نافله ی او صحیح است.

و امّا آخوند خراسانی منکر ترتب و أمر به ضد به نحو طولی و علی فرض العصیان است. ولی در عین حال ایشان هم بر قائل به صحت نماز کسی است که ازاله را ترک کرده و نماز را به جا آورده.

ایشان می فرماید: یکفی مجرّد الرجحان والمحبوبیه للمولی، کی یصح أن یتقرب به [الضد

۱- (۱) اشارات، ج ۱، ص ۸۲، طرف دوم، سطر آخر.

۲- (۲) همان، ص ۸۳.

الخاص] منه [المولی] کما لا یخفی، والضد بناءً علی عدم حرمته یکون کذلک فإن المزاحمه علی هذا لا یوجب إلّا ارتفاع الأمر المتعلق به فعلاً، مع بقائه [الضد الخاص] علی ما هو علیه من ملاک من المصلحه».(۱)

از این عبارت مرحوم آخوند فهمیده می شود: هرچند تعلق دو امر در آن واحد محظور عقلی دارد، ولی این باعث نمی شود که آن دو مأمور به یا یک از آنها از مصلحت نهی شوند، نماز به مطلوبیت ذاتی خود باقی است و تقرب به. آن موجب قربت است و همین مقدار برای صحت عمل کافی است، و در صحت علل امر فعلی لزومی ندارد.

۳ - نهی از عبادات و معاملات

تاکنون بحث نهی از عبادات و این که آیا مستلزم فساد و بطلان هست یا نه مطرح شد. مرحوم صاحب کفایه فرمودند: نهی در عبادت مقتضی فساد آن عبادت است(۲) ولی در نهی از معامله می فرمایند: و نخبه القول ان النهی الدّال علی حرمتها لا یقتضی الفساد لعدم الملازمه فیها لغهً ولا عرفاً بین حرمتها وفسادها أصلاً.(۳)

حاجی در اشارت آورده: «فیکون الفساد من اللوازم العقلیه لمدلول النهی إذا تعلّق بشیء خاص کالعباده وهو ظاهر بخلاف المعاملات فان ثبوت صحتها لا یتوقف علی الطلب بل ولا الإباحه ولذا جاز التصریح بالتحریم وصحه المحرَّم من دون تناف کما لو قیل لو ظاهرت یترتب علیه کذا وکذا لکن فعله حرام وهکذا بالنسبه إلی سایر المعاملات».(۴)

در این عبارت مرحوم حاجی نهی در عبادت را مفسد می دانند ولی نهی از معامله را چنین نمی دانند. و بیان می دارد صحت در معاملات موقوف بر امر به آنها نیست. پس جایز

۱- (۱) کفایه الأصول، ص ۱۳۴.

۲- (۲) کفایه الأصول، ص ۱۸۶.

۳- (۳) همان، ص ۱۸۷.

۴- (۴) اشارات، ج ۱، ص ۱۰۵.

است از طرفی تصریح به تحریم و از طرفی تصریح به صحت شیء محترم. مثل این که می گوید ظهار زن - نوعی طلاق در عصر جاهلیت - حرام است ولی اگر ظهار کردی آثار ظهار بر عمل تو مترتب است هرچند عمل حرامی انجام داده ای. و همین مطلب ساری و جاری در بقیه ی معاملات نیز می باشد.

و اما صاحب هدایه در مسأله یازده قول ذکر می کند و ظاهراً خود ایشان به قولل هشتم مائل است.

ایشان می فرماید: وثامنها القول بالدلاله فی العبادات والدلاله فی المعاملات شرعاً بشرط أن یکون تعلقه بالمنهی عنه لعینه أو وضعه اللازم دون ما إذا کان لأمر خارج مفارق کالبیع وقت النداء وذبح الغاصب، اختاره السید الاستاذقدس سره وحکاه عن الشهید فی القواعد والمحقق الکرکی فی شرع القواعد قال: وکلام الفقهاء هناک فی کتب الفروع یطعی ذلک.(۱)

در تبیین قول مذکور باید گفت که ما باید نهی را دو قسم کنیم.

۱ - نهی ذاتی یعنی آن نهی که به ذات عبادت و یا معامله ای تعلق می گیرد.

۲ - نهی غیری یعنی نهی که ذات عبادت یا معامله را هدف قرار نداده، بلکه به واسطه ی یک امر خارجی عارض، آن نهی نیز عارض می شود مانند بیع وقت النداء که نفس بیع نامطلوب نیست، بلکه ایقاع آن وقت النداء نامطلوب است.

در نوع اول از نواهی، نهی مقتضی فساد است بدون فرق بین عبادت یا معامله و در نوع دوم نهی مقتضی فساد نیست بدون فرق بین عبادت و معامله.

و روی این مبنا در مسأله ی نهی از ضد، بر فرض قائل شویم که امر به شیء نهی از ضد می کند همان طور که گذشت.

وصلی الله علی سیدنا محمّد وآله طاهرین

والحمد لله ربّ العالمین

۱- (۱) هدایه المسترشدین، ج ۳، ص ۱۲۶.

منابع و مآخذ:

۱. الإشارات، محمدابراهیم کلباسی، چاپ سربی، ۱۲۴۵ ق.

۲. کفایه الأصول، محمد کاظم خراسانی، چاپ ششم، قم، مؤسسه آل البیت (علیهم السلام) لإحیاء التراث، ۱۴۳۰ ق.

۳. معالم الدین و ملاذ المجتهدین، حسن بن زین الدین عاملی، قم، جامعه ی مدرسین، ۱۳۶۵ ش.

۴. هدایه المسترشدین، محمد تقی نجفی اصفهانی، چاپ دوم، قم، جامعه ی مدرسین.

ص:۲۲۲

پژوهشی در استصحاب تعلیقی

اشاره

استصحاب از ماده ی «صحب»، به معنای همراه داشتن است. و در اصطلاح عبارت است از باقی فرض کردن حالت سابقه.

مثال: کسی که وضو داشته و چرت می زند ولی نمی داند که خوابش برد به گونه ای که چشم و گوش و قلب او را خواب برباید یا چنین نشد. در این مورد خود را متوضؤ و متطهر محسوب بدارد.(1)

در آیین دادرسی مدنی ماده ی ۳۵۷ آمده: «در صورتی که حق یا دینی بر عهده ی کسی ثابت شد اصل باقی آن است مگر خلافش ثابت شود».

استصحاب از «اصول عملیه» است که هنگام شک مطرح است.

مرحوم صاحب معالم در رابطه با «عمل استصحاب» بیان می دارد:

اختلف النّاس فی استصحاب الحال. ومحلّه أن یثبت حکم فی وقت، ثمّ یجیئ وقت آخر ولا یقوم دلیل علی انتفاء ذلک الحکم، فهل یحکم ببقائه علی ما کان، وهو الاستصحاب، أم یفتقر الحکم فی الوقت الثانی إلی دلیل؟(2)

همچنین ایشان در سوّمین استدلال به استصحاب بیان می دارد:

أن الفقهاء عملوا باستصحاب الحال فی کثیر من المسائل والموجب للعمل هناک موجود فی موضع الخلاف. وذلک کمسأله من تیقّن الطهاره وشکّ فی الحدث فانه یعمل علی یقینه. وکذلک العکس، ومن یتقّن طهاره ثوبه فی حال بنی علی ذلک حتی

۱- (۱) محمّدرضا مظفر، اصول الفقه، ص ۶۲۳.

۲- (۲) حسن بن زین الدین، معالم الدین، ص ۲۳۱.

یعلم خلافها، ومن شهد بشهاده بنی علی بقائها حتی یعلم رافعها، ومن غاب غیبه منقطعه حکم ببقاء انکحته ولم یقسم أمواله وعزل نصیبه فی المواریث. وما ذاک إلاـ لاستصحاب حال حیاته. وهذه العله موجوده فی مواضع الاستصحاب فیجب العمل به.(۱)

در این عبارت مرحوم صاحب معالم با نوعی تنقیح مناط و کشف علت که به خاطر جریان استصحاب در مواردی که شاید از مسلمات عند الفقهاء است برای جریان آن در جاهایی که مورد اختلاف است کمک می گیریم.

ارکان و مقدمات استصحاب:

علامه محمّدرضا مظفر برای استصحاب هفت رکن بیان می کند:

یقین به حالت مسابقه؛

شکّ در بقاء متیقن؛

اجتماع یقین و شک به زمان واحد؛

تعدد زمان متیقن و مشکوک، زمان متیقن (وضویی متیقن) قبل است و زمان مشکوک (وضوی مشکوک) بعد باشد؛

وحده متعلق الیقین و الشکّ؛

سَبْقُ زمان المتیقن علی زمان المشکوک؛

فعلیه الشک والیقین.(۲)

۱- (۱) همان، ص ۲۳۴.

۲- (۲) محمدرضا مظفر، اصول الفقه، ص ۶۰۵-۶۰۹.

دلیل بر استصحاب

برای استصحاب به بنائ عقلاء، حکم عقل، اجماع و روایات استدلال شده.

روایات عمده ترین و مهم ترین دلیلی است که در رابطه با استصحاب به آن استدلال می شود که ما چهار روایت را می آوریم:

۱ – صحیحه ی اول: زراره که در رابطه با شخصی است که یقین به وضو دارد ولی یقین به خواب ندارد و امام علیه السلام می فرمایند:

فانه علی یقین من وضوئه ولا ینقض الیقین بالشکّ أبداً ولکن ینقضه بیقین آخر.(۱)

۲ – صحیحه ی دوم: زراره که در رابطه با دم رعاف است و در فقراتی از آن امام علیه السلام می فرمایند:

فلیس ینبغی لک أن تنقض الیقین بالشک.(۲)

۳ – روایت محمّد بن مسلم عن أبی عبدالله علیه السلام قال:

قال أمیرالمؤمنین علیه السلام: من کان علی یقین فشک، فلیمض علی یقینه، فإنّ الشک لا ینقض الیقین.(۳)

۴ – مکاتبه ی علی بن محمّد القاسانی

قال: کتبت إلیه وأنا بالمدینه أسأله عن الیوم الذی یشکّ فیه من رمضان، هل یصام أم لا؟ فکتب علیه السلام: «الیقین لا یدخله الشکّ، صم للرؤیه، وافطر للرؤیه.(۴)

اقسام استصحاب:

استصحاب به سه جهت منقسم به اقسامی می گردد: الف. به اعتبار مستصحب؛ ب. به اعتبار دلیل؛ ج. به اعتبار شکّ.

ص:۲۲۵

۱- (۱) شیخ طوسی، تهذیب الأحکام، ج ۱، ص ۸؛ شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱، ص ۲۴۵.

۲- (۲) شیخ طوسی، الاستبصار، ج ۱، ص ۱۸۳.

۳- (۳) شیخ صدوق، الخصال، ص ۶۱۹.

۴- (۴) شیخ طوسی، تهذیب الأحکام، ج ۴، ص ۱۵۹.

الف: استصحاب به اعتبار مستصحب به اقسام زیر تقسیم می شود:

۱ - استصحاب وجودی ۲ - عدمی ۳ - حکمی ۴ - موضوعی ۵ - حکم تکلیفی ۶ - حکم وضعی ۷ - حکم تعلیقی ۸ - حکم تنجیزی ۹ - کلی ۱۰ - جزئی ۱۱ - مثبت ۱۲ - غیر مثبت. بعضی از اقسام فوق خود دارای فروعاتی هستند که به دلیل طولانی نشدن از ذکر آنها صرف نظر می شود.

ب: استصحاب به اعتبار دلیل بر سه قسم است: دلیل یا ۱ - شرعی لفظی است؛ و یا ۲ - اجماع است؛ و یا ۳ - عقلی است.

ج: استصحاب به اعتبار منشأ شکّ لا حق اقسامی دارد: ۱ - استصحاب در شبهه ی موضوعیه؛ ۲ - حکمیه؛ ۳ - در صورت ظنّ به بقاء؛ ۴ - در صورت ظنّ به ارتفاع؛ ۵ - در صورت شکّ در بقاء یا ارتفاع؛ ۶ - در صورت شکّ در مقتضی؛ ۷ - در صورت شکّ در رافع.

بعضی از اقسام فوق نیز دارای فروعاتی هستند.(۱)

استصحاب حکم تنجیزی

استصحاب حکم تنجیزی در مقابل استصحاب حکم تعلیقی است، و آن در جایی است که مستصحب حکم قطعی و منجز باشد، مثلاً دلیلی گفته بود خوردن انگور حلال است. سپس آن انگور تبدیل به کشمش شود، درنتیجه شک در حلال بودن آن عارض می گردد، در این صورت اگر با استصحاب حکم به حلال بودن آن بکنیم، به آن استصحاب حکم تنجیزی می گویند.(۲)

۱- (۱) عیسی ولائی، فرهنگ اصطلاحات اصول، ص ۶۰ و ۶۱.

۲- (۲) عیسی ولائی، فرهنگ اصطلاحات اصول، ص ۶۵.

استصحاب حکم تعلیقی

استصحاب حکم تعلیقی در مقابل استصحاب حکم تنجیزی است و آن در جایی است که مستصحب حکم تعلیقی باشد. مثلاً در دلیلی آمده: اگر انگور جوش بیاید حرام است. پس حرمت انگور معلق به جوشیدن است و این حرمت تعلیقی است....(۱)

عبارت شیخ انصاری

الأمر الرابع: قد یطلق علی بعض الإستصحاب، الاستصحاب التقدیری تارهً والتعلیقی اخری باعتبار کون القضیه المستصحبه قضیه تعلیقیهً حکم فیها بوجود حکم علی تقدیر وجود آخر، فربما یتوهم لأجل ذلک الإشکال فی اعتباره بل منعه والرجوع فیه إلی استصحاب مخالف له.

توضیح ذلک أن المستصحب قد یکون أمراً موجوداً فی السابق بالفعل، کما إذا وجب الصلاه فعلاً أو حرم العصیر العنبی بالفعل فی زمان ثمّ شکّ فی بقائه وارتفاعه، وهذا لا إشکال فی جریان الاستصحاب فیه. وقد یکون أمراً موجوداً علی تقدیر وجود أمر، فالمستصحب هو وجوده التعلیقی، مثل أنّ العنب کان حرمه مائه معلقه علی غلیانه، فالحرمه ثابته علی تقدیر القلیان. فإذا جفّ وصار زبیباً فهل یبقی بالإستصحاب حرمه مائه المعلقه علی الغلیان، فیحرم عند تحقّقه أم لا، بل یستصحب الإباحه السابقه لماء الزبیب قبل الغلیان.(۲)

در این عبارت مرحوم شیخ انصاری استصحاب را به دو نوع تقسیم می کنند.

گاهی مستصحب امری است که سابقاً به صورت بالفعل وجود داشته مانند

۱- (۱) همان.

۲- (۲) مرتضی انصاری، فرائد الاصول، ج ۲، ص ۳۱۲.

وجوب صلاه و حرمت جوشانده ی افشره ی انگور در زمان سابق که پس از آن در باقی بودن حکم سابق و یا ارتفاع حکم سابق شک می کنیم، در رابطه با جریان چنین استصحاب هیچ اشکالی وجود ندارد.

وگاهی مستصحب امری است که موجه است علی تقدیر وجود امر دیگری، پس مستصحب همان وجود تعلیقی است. مثل حرمت اینکه انگور، معلق است بر جوشیدن. حالا ـ اگر انگور تبدیل به کشمش شد، آیا همان حرمت تعلیق که برای انگور وجود داشت، برای کشمش هم استصحاب می شود. به این معنا که آب انگور بعد از جوشیدن حرام می شد، استصحاب کنیم که حالا ـ که کشمش شده، آب آن بعد از غلیان و جوشیدن حرام می شود، و یا اینکه استصحاب می کنید ابا حدی آن کشمش را که قبل از غلیان محکوم به آن بوده است؟

ظاهر سید مشایخنا فی المناهل، وفاقاً لما حکاه عن والده (رحمه الله)، فی «الدرس» عدم اعتبار الاستصحاب الأوّل والرجوع إلی الإستصحاب الثانی. قال فی المناهل فی ردّ تمسک السید العلامه الطباطبائی علی حرمه العصیر من الزبیب إذا غلا بالإستصحاب: ودعوی تقدیمه علی استصحاب الإباحه أنّه یشترط فی حجیه الإستصحاب ثبوت أمر أو حکم وضعی أو تکلیفی فی زمان من الأزمنه قطعاً، ثمّ یحصل الشکّ فی ارتفاعه من الأسباب، ولا یکفی مجرّد قابلیه الثبوت باعتبار من الاعتبارات، فالاستصحاب التقدیری باطلٌ. وقد صرّح بذلک الوالد العلامه فی أثناء «الدرس» فال وجه للتمسک باستصحاب التحریم فی المسأله»، انتهی کلامه رفع مقامه.

در ادامه مرحوم شیخ انصاری به نقل عبارتی از مناهل می پردازند که در آن استصحاب تعلیقی مردود شمرده شده است. به این بیان که در استصحاب باید قبلاً حکم وضعی و یا تکلیفی ثابت قطعی وجود داشته باشد و مجرد قابلیت ثبوت کافی نیست و استصحاب تقدیری باطل است.

پس شیخ می فرماید: أقول: لا إشکال فی أنّه یعتبر فی الإستصحاب تحقّق المستصحب سابقاً، والشکّ فی ارتفاع ذلک المحقّق. ولا إشکال أیضاً فی عدم اعتبار أزید من ذلک. ومن المعلوم أنّ تحقّق کلّ شیءٍ بحسبه فإذا قلنا: العنب یحرم ماؤه إذا غلا أو بسبب الغلیان، فهناک لازم وملزوم وملازمه. أمّا الملازمه، وبعباره اخری، سببیه الغلیان لتحریم ماء العصیر، فهی متحقّقه بالفعل من دون تعلیق. وأمّا اللازم وهی الحرمه فله وجودٌ مقید بکونه علی تقدیر الملزوم. وهذا الوجود التقدیری امرٌ متحقّق فی نفسه فی مقابل عدمه. وحینئذٍ فإذا شککنا فی أنّ وصف العنبیه له ممدخل فی تأثیر الغلیان فی حرمه مائه. فلا اثر للغلیان فی التحریم بعد جفاف العنب وصیرورته زبیباً. فأی فرق بین هذا وبین سائر الأحکام الثابته للعنب إذا شکّ فی بقائها بعد صیرورته زبیباً.

در این عبارت مرحوم شیخ انصاری نظر خود را در رابطه با استصحاب تعلیقی بیان می کنند و می فرمایند: شکی نیست که در استصحاب ما باید یقین به تحقق و وجود مستصحب داشته باشیم و سپس تشکّر در ارتفاع آن داشته باشیم، و چیزی بیشتر از این هم لازم نیست. و معلوم است که «تحقّق کلّ شیءٍ بحسبه» و در قضیه ی «العنب یحرم ماؤه إذا غلا» ما سه چیزی داریم:

۱ - ملازمه که همان سبب بودن غلیان برای حرمت است.

۲ - لازم: حرمت

۳ - ملزوم: غلیان

و مورد اول بالفعل موجود است و مورد دوم نیز دارای وجود تقدیری و تعلیقی است و عدم محض نیست.

نعم ربما یناقش فی الإستصحاب المذکور تارهً بانتفاء الموضوع وهو العنب واُخری بمعارضته باستصحب الإباحه قبل الغلیان بل ترجیحه علیه بمثل الشهره والعمومات. لکنّ الأوّل لا دخل له فی الفرق بین الآثار الثابته للعنب بالفعل والثابته

له علی تقدیر دون آخر، والثانی فاسد لحکومه استصحاب الحرمه علی تقدیر الغلیان علی استصحاب الإباحه قبل الغلیان.

بله ای بسا در استصحاب مذکور مناقشه شود باری به انتفای موضوع که همان عنب است و باری به معارضه ی با استصحاب اباحه قبل از غلیان، بلکه ترجیح استصحاب اباحه بر استصحاب تعلیقی به مثل شهرت و عمومات؛

چه اینکه مشهور بر دوم تنجس زبیب است با غلیان و عموماتی مانند «کل شیء لک حلال»

و امّا مناقشه ی از حیث موضوع را مرحوم شیخ قبول نمی کند و مناقشه ی دوم که معارضه باشد این هم باطل و فاسد است به خاطر حاکم بودن استصحاب حرمت بر تقدیر غلیان بر استصحاب اباحه ی قبل از غلیان.

و در پایان مرحوم شیخ می فرمایند:

فالتحقیق أنه لا ـ یعقل فرق فی جریان الإستصحاب ولا ـ فی اعتباره من حیث الأخبار أو من حیث العقل بین انحاء تحقّق المستصحب فکل نحو من التحقّق ثبت للمستصحب وشكّ فی ارتفاعه فالأصل بقاؤه.

مع أنک قد عرفت أن الملازمه وسببیه الملزوم للازم موجود بالفعل، وجد اللازم أم لم یوجد، لأن صدق الشرطیه لا یتوقف علی صدق الشرط. وهذا الإستصحاب غیر متوقف علی وجود الملزوم. نعم لو ارید اثبات وجود الحکم فعلاً فی الزمان الثانی اعتبر احراز الملزوم فی وجود الملزوم فی الآن اللاحق، لعدم تعینه واحتمال مدخلیه شیءٍ من تأثیر ما یترادی أنه ملزوم.

تحقیق چنین است که معقول نیست فرق نهادن در جریان استصحاب و معتبر بودن استصحاب، از حیث اخبار و از حیث عقل، بین گونه های تحقّق مستصحب. پس هرگونه تحقّقی که ثابت شد برای مستصحب و شک شد در ارتفاع آن، اصل بقای آن تحّق است. علاوه بر اینکه دانستی که ملازمه و سببیت ملزوم (غلیان) برای

لازم (حرمت) بالفعل موجود است، خواه یافت شود لازم و یا اینکه یافت نشود؛ زیرا صدق شرطیت متوقف بر صدق شرط نیست، و این استصحاب. و این استصحاب متوقف بر وجود ملزوم نیست. بله اگر اراده کند اثبات وجود حکم را به صورت فعلی در زمان دوم معتبر است احراز ملزوم هر زمان لاحق، به خاطر عدم تعین آن و احتمال مدخلیت چیزی در تأثیر آنچه دیده می شود که آن ملزوم است.(۱)

پس همان طور که استصحاب در مستصحب با تحقّق تنجیزی جاری است بر مستصحب با تحقّق تعلیقی هم جاری است خواه استصحاب را از جهت اخبار و تعبد حجت بدانیم و خواه از باب ظنّ و بناء عقلاء. وامّا استصحاب ملازمه متوقف بر وجود ملزوم نیست و قبل از غلیان هم جاری است و حرمت معلّقه به آن مترتب می شود.

استصحاب تعلیقی در کلام آخوند خراسانی

[التنبیه] الخامس: أنه کما لا إشکال فیما إذا کان المتیقن حکماً فعلیاً مطلقاً. لا إشکال فیما إذا کان مشروطاً معلّقاً، فلو شکّ فی مورد لأجل طروء بعض الحالات علیه فی بقاء أحکامه، ففیما صح استصحاب أحکامه المطلقه صح استصحاب أحکامه المعلقه، لعدم الإختلال بذلک فیما اعتبر فی قوام الاستصحاب من الیقین ثبوتاً والشکّ بقاءً.

جناب آخوند در این تنبیه به استصحاب تعلیقی و اقوال در آن اشاره می کند. توضیح مطلب اینکه حکم شرعی تکلیفی و وضعی (مستصحب) بر دو قسم است:

۱ - حکم فعلی مطلق تنجیزی: یعنی حکمی که از تمام جهات مطلق است و تمام اسباب فعلیت آن فراهم و محقّق می باشد و مشروط به شرطی نیست ومعلق بر امری

۱- (۱) مرتضی انصاری، فرائد الاصول، ج ۲، ۳۱۳ و ۳۱۴.

نیست مثل «صلوه الجمعه واجبه» و «الخمر حرام» و «العنب حلال» و «الماء طاهر».

۲ – حکم مشروط و معلق و تقدیری: احکامی که در خود خطاب و لسان دلیل مشروط به شرطی شده که الآن محقّق نمی باشد مثل: «إن جائک زیدٌ فأکرمه» و «العنب إذا علی یحرم» و «من کان مستطیعاً یجب علیه الحج».

در قسم اوّل از احکام قطعاً استصحاب جاری می شود و از کسانی که قائل به جریان استصحاب هستند، استصحاب را در این قسم جاری می دانند، ولی آیا در قسم دوم هم استصحاب جاری است؟

و به عبارت دیگر استصحاب نیز به لحاظ دو قسم حکم (مستصحب) بیان شده بر دو گونه است:

۱ – استصحاب تنجیزی: یعنی استصحابی که مستصحب آن حکم تنجیزی می باشد، و نسبت به استصحاب تنجیزی اختلافی وجود ندارد که هرگاه بقاء حکم اعم از وضعی یا تکلیفی مشکوک باشد، استصحاب جریان می یابد.

۲ – استصحاب تعلیقی: یعنی استصحابی که مستصحب آن حکم تعلیقی می باشد. و اینجا تعلیقی بودن در واقع وصف حکم (مستصحب) است و مجازاً صفت استصحاب واقع شده.

مثال معروف: انگور اگر غلیان پیدا کند و دو سوّم آن نرود حرام می شود، حال اگر بر انگور که حالت رطوبت دارد حالت دیگری مانند خشکی عارض شود و انگور تبدیل به کشمش (زبیب) شود و مورد شک قرار گیرد که آیا حرمت در فرض غلیان و عدم ذهاب ثلثین در زبیب نیز وجود دارد یا نه؟ جای استصحاب تعلیقی است.

مرحوم آخوند می فرمایند: همان گونه که اگر متیقن (بلکه مستصحب) حکمی فعلی و مطلق بود استصحاب بدون هیچ اشکالی جریان داشت، در جایی هم که متیقن حکمی مشروط و معلق باشد، سزاوار نیست اشکال شود. پس اگر شکّ شود

در موردی به خاطر عارض شدن بعضی حالات بر موضوع در بقاء احکام آن موضوعات، در هر موردی که صحیح است استصحاب احکام مطلقه [مانند العنب حلال که در زبیب هم استصحاب حلیت روا می باشد] صحیح است؛ استصحاب احکام معلّقه [مانند العنب إذا علی و... که در زبیب هم استصحاب حرمت تعلیقی روا می باشد] هم صحیح است؛ زیرا با تعلیقی بودن حکم اختلالی در ارکان استصحاب واقع نمی شود و یقین به ثبوت و شک در بقاء همچنان هست.(۱)

اشکالاتی در جریان استصحاب در حکم تعلیقی وارد شده که به دو اشکال اشاره می شود.

اشکال اوّل از مرحوم صاحب ریاض و صاحب مناهل است: در احکام تعلیقی ارکان استصحاب ناتمام است و باید یقین سابق بثبوت حکم داشته باشیم تا بعد شکّ لاحق پیدا شود و استصحاب کنیم. در اینجا یقین سابق نداریم؛ زیرا در زمان سابق که انگور بود و هنوز کشمش نشده بود حکم حرمت فعلی نشد؛ چون مشروط، غلیان بود و شرطش حاصل نشد، پس مشروط (حکم) هم حاصل نشده است، پس حرمتی محقّق نشده تا پس از عروض حالت زبیبی آن را استصحاب کنیم. به بیان دیگر قبل از غلیان حالت سابقه ای برای حرمت نمی باشد که مورد یقین باشد و لذا شک در بقاء نیز معنا ندارد، و با اختلال این دو رکن یعنی یقین سابق و شکّ لاحق) برای جریان استصحاب مجالی نمی ماند.

جواب آخوند خراسانی: وتوهم أنه لا ـ وجود للمعلق قبل وجود ما علق علیه فاختلّ أحد رکنیه فاسدٌ؛ فإنَّ المعلق قبله إنّما لا یکون موجوداً فعلاً ـ لا ـ ان لا ـ یکون موجوداً أصلًا، ولو بنحو التعلیق؛ کیف و المفروض أنه مورد فعلًا للخطاب بالتحریم مثلًا أو الإیجاب، فکان علی یقین منه قبل طروء الحاله فیشکّ فیه بعده. ولا یعتبر فی

۱- (۱) آخوند خراسانی، کفایه الأصول، ص ۴۱۱.

الإستصحاب إلّا الشکّ فی بقاء شیء کان علی یقین من ثبوته واختلاف نحو ثبوته لا یکاد یوجب تفاوتاً فی ذلک.

مرحوم آخوند می فرمایند: این اشکالی نادرست است زیرا «وجود کلّ شیءٍ بحسبه» و هستی هر چیزی متناسب با خود آن است. در این مسأله هم وجود تنجیزی نوعی از وجود است و وجود تعلیقی نوع دیگری از وجود است، پس حکم تعلیقی هم سنخی از حکم است و متناسب با خودش وجود دارد و چنین نیست که وجود نداشته باشد یا وجودش کالعدم باشد بلکه این هم حکم است. پس این طور نیست که أصلاً موجود نباشد و وجود تعلیقی دارد.

پس وقتی گفته می شود که قبل از جوشیدن حرمتی نیست، این معنا نیست که حرمت عدم محض باشد و اصلاً نباشد، بلکه معنایش این است که حرمتِ فعلی نیست ولی وجود تعلیقی آن انکارپذیر نیست. بنابراین در استصحاب تعلیقی یقین به ثبوت سابق وجود دارد به این طور که یقیناً حرمت برای انگور در صورت جوشیدن ثابت بود و اکنون که کشمش شده و جوشیده شک می کنیم که آیا آن حرمتِ تعلیقی سابق باقی است یا نه؟

و شاهد بر ا ینکه حکم وجود دارد و عدم محض نیست اینکه: به خاطر همین وجود تعلیقی است که شارع می تواند مکلف را مورد خطاب تحریمی یا ایجابی قرار دهد. و به برکت استصحاب حکم را عصیر زبیبی تعمیم دهد، و همان طور که حکم تنجیزی ملکیت را برای عصیر زبیبی ثابت می کند، حکم حرمت علی تقدیر الغلیان را هم برای آن ثابت کند.

إن قلت: نعم، ولکنّه لا مجال لاستصحاب المعلق لمعارضته باستصحاب ضدّه المطلق، فیعارض استصحاب الحرمه المعلقه للعصیر باستصحاب حلیته المطلقه.(۱)

۱- (۱) آخوند خراسانی، کفایه الأصول، ص ۴۱۱ و ۴۱۲.

اشکال دوم که ناظر به وجود مانع از جریان استصحاب تعلیقی است این است که بر فرض که ارکان استصحاب موجود بوده و مقتضـیی وجود داشته باشد، ولی مانع در کار است و آن اینکه استصحاب تعلیقی با استصحاب تنجیزی معارض است. استصحاب تنجیزی اینکه: عصیر زبیبی قبل از غلیان حلال بود و بعد از غلیان اگر شک در بقای حلیت کردیم، استصحاب بقای حلیت جاری می کنیم، و این حلیت تنجیزی است و معلق بر چیزی نیست.

درنتیجه استصحاب تعلیقی با استصحاب تنجیزی تعارض و تساقط می کند و جاری نیست.

قلت: لا یکاد یضر استصحابه علی نحو کان قبل عروض الحاله التی شک فی بقاء حکم المعلق بعده؛ ضروره انه کان مغیاً بعدم ما علق علیه المعلق، وما کان کذلک لا یکاد یضرّ ثبوته بعده بالقطع فضلاً عن الإستصحاب لعدم المضادّه بینهما فیکونان بعد عروضها بالإستصحاب کما کانا معاً بالقطع قبل بلا منافاه أصلاً. وقضیه ذلک انتفاء الحکم المطلق بمجرد ثبوت ما علق علیه المعلق؛

جواب آخوند در این اشکال این است که استصحاب تعلیقی معارض ندارد وهر دو استصحاب بلا معارض جاری است.

فالغلیان فی المثال کما کان شرطاً للحرمه کان غایه للحلیه، فإذا شک فی حرمته العلّقه بعد عروض حاله علیه، شک فی حلیته المغیاه لا محاله أیضاً، فیکون الشک فی حلیه أو حرمته فعلاً بعد عروضها متّحداً خارجاً مع الشک فی بقائه علی ما کان علیه من الحلّیه والحرمه بنحو کانتا علیه، فقضیه استصحاب حرمته المعلّقه بعد عروضها الملازم لاستصحاب حلیته المغیاه حرمته فعلاً بعد غلیانه وانتفاء حلیته، فإنه قضیه نحو ثبوتهما کان بدلیلهما أو بدلیل الإستصحاب کما لا یخفی بأدنی التفات علی ذی

الألباب، فالتفت ولا تغفل.(۱)

یکی از تفاوت های بین نظر شیخ انصاری و آخوند خراسانی این است که شیخ انصاری حالت مشکّکه را در استصحاب تنجیزی غلیان می داند و مرحوم آخوند حالت مشککه را جفاف گرفته اند.

رأی محقق نایینی

محقّق نائینی در بحث استصحاب حکم کلی، بیان می دارند:

الوجه الثالث: من الوجوه المتصوره فی الشک فی بقاء الحکم الکلّی، هو الشک فی بقاء الحکم المرتّب علی موضوع مرکّب من جزئین عند فرض وجود أحد جزئیه وتبدّل بعض حالاته قبل فرض وجود الجزء الآخر کما إذا شک فی بقاء الحرمه والنجاسه المترتبه علی العنب علی تقدیر الغلیان عند فرض وجود العنب وتبدّله إلی الزبیب قبل غلیانه، فیستصحب بقاء النجاسه والحرمه للعنب علی تقدیر الغلیان، ویترتّب علیه نجاسه الزبیب عند غلیانه إذا فرض أن وصف العنبیه والزبیبیه من حالات الموضوع لا أرکانه؛ وهذا القسم من الاستصحاب هو المصطلح علیه بالاستصحاب التعلیقی.(۲)

مرحوم محقّق نایینی بیان داشته یکی ازا قسام استصحاب حکم کلی، در جایی است که شک در بقاء حکمی داشته باشیم که مرتب است بر موضوعی دارای دو جزء (۱ - عنب، ۲ - غلیان) در فرض وجود یکی از دو جزء (عنب) و تبدل حالات آن جزء موجود قبل از فرض وجود جزء دیگر (غلیان).

مانند اینکه شکّ شود به بقاء حرمت و نجاست مترتب بر عنب بر تقدیر غلیان و جوشیدن در صورتی که عنب موجود بوده و متبدل به زبیب شده قبل از غلیان، پس استصحاب می شود بقاء نجاست و حرمت برای عنب بر تقدیر غلیان و

۱- (۱) همان، ص ۴۱۲.

۲- (۲) محمد حسین نایینی، فوائد الأصول، ج ۴، ص ۴۶۳-۴۶۶.

مترتب می شود بر این استصحاب نجاست زبیب هنگام غلیان البته بر فرض اینکه وصف عنبیت (انگور بودن) و زبیبیت (کشمش بودن) از حالات موضوع باشد و نه از ارکان. [به طوری که عرف عنب و زبیب را ماهیت واحد بداند و نه دو ماهیت متفاوت]. و این قسم از استصحاب را در اصطلاح استصحاب تعلیقی می نامند.

سپس می افزاید: وبعباره أوضح نعنی بالإستصحاب التعلیقی «استصحاب الحکم الثابت علی الموضوع بشرط بعض ما یلحقه من التقادیر» فیستصحب الحکم بعد فرض وجود المشروط وتبدل بعض حالاته قبل وجود الشرط، کاستصحاب بقاء حرمه العنب عند صیرورته زبیباً قبل فرض غلیانه.

اینجا مشروط عنب است و حکم تعلیقی حرمت بر فرض غلیان است و شرط تنجیزی شدنِ حکم غلیان است، قبل از وجود شرط این حرمت تعلیقی هست و با جفاف و تبدل حالت عنب، که موجب شک در بقاء حکم تعلیقی است باز استصحاب می کنیم حرمت تعلیقی را.

مرحوم نایینی بر این عقیده اند که این استصحاب جاری نمی شود و می فرماید: وفی جریان استصحاب الحکم فی هذا الوجه وعدم جریانه قولان:

اقواهما: عدم الجریان، لأنّ الحکم المترتّب علی الموضوع المرکّب إنّما یکون وجوده وتقرّره بوجود الموضوع بماله من الأجزاء والشرائط، لأن نسبه الموضوع إلی الحکم نسبه العله إلی المعلول، ولا یعقل أن یتقدم الحکم علی موضوعه؛ والموضوع للنجاسه والحرمه فی مثال العنب إنّما یکون مرکباً من جزئین: العنب والغلیان من غیر فرق بین أخذ الغلیان وصفاً للعنب کقوله: «العنب المغلی یحرم وینجس» أو أخذه شرطاً له، کقوله: «العنب إذا غلی یحرم وینجس» لأنّ الشرط یرجع إلی الموضوع ویکون من قیوده لا محاله؛ فقبل فرض غلیان العنب لا یمکن فرض وجود الحکم، ومع عدم

فرض وجود الحکم لا ـ مضی لاستصحاب بقاءه، لما تقدم من أنه یعتبر فی الإستصحاب الوجودی أن یکون للمستصحب نحو وجود وتقرر فی الوعاء المناسب له؛ فوجود أحد جزئی الموضوع المرکب کعدمه لا یترتب علیه الحکم الشرعی ما لم ینضمّ إلیه الجزء الآخر....

ففی ما نحن فیه لیس للعنب المجرد عن الغلیان أثرٌ إلاّ ـ کونه لو انضم إلیه الغلیان لثبتت حرمته وعرضت علیه النجاسه؛ وهذا المعنی ممّا لا شکّ فی بقاء فلا معنی لاستصحاب.(۱)

مرحوم نایینی در این عبارت منکر وجود حکمی و اثری برای عنبِ بدون غلیان می شوند تا بخواهیم آن را استصحاب کنیم. [و ظاهراً برگشت این کلام به این باشد که حکم تعلیقی حکم نیست و یا حکم فعلی منجز نیست و در استصحاب ما باید حکم فعلی منجز را در مرحله ی یقین سابق داشته باشیم تا استصحاب کنیم]. پس از طرق حکمی وجود ندارد، و از طرق دیگر اگر شما می خواهیم اهلیت و قابلیت عنب برای حرمت را استصحاب کنید، اینجا هیچ شکی نیست و این قابلیت یقین است و استصحاب معنا ندارد.

البته در هر دو کلام مرحوم نائینی تأمل وجود دارد در کلام اوّل اینکه انکار کردن وجود حکمِ تعلیقی برای عنب قابل پذیرش نیست مگر اینکه بگوید ادله ی استصحاب ناظر به استصحاب احکام تنجیزی است و توان اثباتِ استصحاب در احکام تعلیقی را ندارد. و در کلام دوّم هم ممکن است نوشته شود که جفاف کافی است برای رخ دادن شک و معنا پیدا کردن استصحاب.

سپس می فرمایند: وحاصل الکلام: أنّ الشک فی بقاء الحرمه والنجاسه المحمولین علی العنب المغلی إنّما یمکن بوجهین أحدهما الشک فی رفع الحرمه والنجاسه عنه

۱- (۱) محمد حسین نایینی، فوائد الأصول، ص ۴۶۶ تا ۴۶۸.

بالنسخ، وثانیهما: الشک فی بقاء الحرمه والنجاسه عند تبدّل الحالات بعد فرض وجود العنب المغلی بکلا جزئیه، کما إذا شکّ فی بقائهما عند ذهاب ثلثه. ولا إشکال فی استصحاب بقاء الحرمه والنجاسه للعنب فی کلّ من الوجهین.

ولیس هذا مراد القائل بالاستصحاب التعلیقی، ونحن لا نتصور للشک فی بقاء النجاسه والحرمه للعنب المغلی وجهاً آخر غیر الوجهین المتقدمین، فالإستصحاب التعلیقی بمعنی لا یرجع إلی استصحاب عدم النسخ ولا إلی استصحاب الحکم عند فرض وجود الموضوع بجمیع أجزائه وقیوده وتبدّل بعض حالاته، ممّا لا أساس له و لا یرجع إلی معنی محصّل.(۱)

مرحوم محقّق نایینی در این کلام بیان می دارد:

شک در بقاء حرمت عنب مغلی بر دو گونه است:

۱ - شک در نسخ حکم

۲ - شک در رخ دادن حالت محلِّله مثل کم شدن دو سوم.

و استصحاب دیگری نیست، و استصحاب تعلیقی هم هیچ یک از این دو نیست پس استصحاب تعلیقی اساس له ولا یرجع إلی معنی محصَّل.

ولی این کلام هم خالی از تأمل نیست و آن اینکه استصحاب تعلیقی اصلاً در عنب مغلی مطرح نیست، بلکه در زبیب مغلی مطرح است، و آن هم نه به تصویر شما که مستصحب را حکم تنجیزی گرفتید و فرمودید شق دیگری ندارد، بلکه مستصحب در استصحاب تعلیقی، حکم تعلیقی است.

و امّا رابطه با تعارض استصحابین مرحوم محقّق نایینی اولاً چنین استصحابی را قبول ندارد تا کار به معارضه بکشد، ولی بر فرض تصور معارضه بیان می دارد:

تتمه: لو بنینا علی جریان الاستصحاب التعلیقی وکونه مثبتاً لنجاسه الزبیب

۱- (۱) محمد حسین نایینی، فوائد الأصول، ج ۴، ص ۴۶۸.

وحرمته عند غليانه، ففی حکومته علی استصحاب الطهاره والحلیه الفعلیه الثابته للزبیب قبل غلیانه وعدمه وجهان أقواهما: الأول، فانه لا موجب لتعارض الإستصحاب إلاّ توهّم: أنّ الإستصحاب التعلیقی کما یقتضی نجاسه الزبیب وحرمته بعد الغلیان کذلک استصحاب حلّیه الزبیب وطهارته الثابته له قبل الغلیان یقتضی حلّیته وطهارته بعد الغلیان؛ ولیس الشک فی أحدهما مسبّباً عن الشک فی الآخر، فإنّ الشک فی بقاء الطهاره والحلیه یلازم الشکّ فی بقاء النجاسه والحرمه وبالعکس، فهما فی رتبه واحده؛ والاستصحابان یجریان فی عرض واحد، فیتعارضان ویتساقطلان ویرجع إلی أصاله الطهاره و الحلیه.(۱)

در رابطه با تعارض استصحاب تعلیقی و تنجیزی چند نظر وجود دارد:

۱ - اصلاً تعارضی نیست (مرحوم آخوند)؛

۲ - تعارض هست و تساقط می کنند و رجوع به أصاله الطهاره والحلیه می شود؛

۳ - در این رویارویی استصحاب تعلیقی مقدم است و حاکم است (شیخ انصاری)

۴ - تنها استصحاب تنیجزی جاری است.

عبارت فوق بیانگر نظر دوّم است که مبتنی بر هماوردی و همسانی هر دو استصحاب است.

به این بیان که شک در بقاء حلیت (در استصحاب تنیجزی) و شک در بقاء حرمت (در استصحاب تعلیقی) در یک رتبه اند و یکی معلول و مسبب از دیگری نیست. لذا یک استصحاب سببی و دیگری مسببی است و هر دو در عرض واحد جاری و ساقط می شوند و رجوع می کنیم به أصاله الطهاره والحلیه.

مرحوم محقّق نایینی در پاسخ به این نظر و تثبیت نظر سوّم می فرمایند:

۱- (۱) محمد حسین نایینی، فوائد الأصول، ج ۴، ص ۴۷۴.

هـذا ولكن فيه: أن الشكّ فی حلّيه الزبيب وطهارته الفعليه بعد الغليان وإن لم يكن مسبّبا عن الشک فی نجاسته وحرمته الفعليه بعد الغليان وانّما كان الشک فی أحدهما ملازماً للشک فی الآخر بل الشک فی أحدهما عين الشکّ فی الآخر إلاّ أنّ الشکّ فی الطهاره والحلّيه الفعليه فی الزبيب المغلی مسبّب عن الشکّ فی كون المجعول الشرعی هل هو نجاسه العنب المغلی وحرمته مطلقاً حتّی فی حال كونه زبيباً؟ أو أنّ المجعول الشرعی خصوص نجاسه العنب المغلی وحرمته ولا- يعّم الزبيب المغلی؟ فإذا حكم الشارع بالنجاسه والحرمه المطلقه [فی الحال العنبيه والحاله الزبيبيه] بمقتضی الاستصحاب التعليقی يرتفع الشکّ فی حلّيه الزبيب المغلی وطهارته.(۱)

به صورت اجمالی می توان اين طور بيان كرد نظر محقّق نايينی اين است كه هرچند، شکّ در استصحاب تنجيزی معلول از شک در استصحاب تعليقی نيست ولی با جريان استصحاب تعليقی، جا برای استصحاب تنجيزی باقی نمی ماند و وقتی روشن شد نظر شارع باتوجه به استصحاب تعليقی اين است كه حتی در صورت زبيبيت همچنان حرمت تعليقی برقرار است، جا برای فرض و احتمال حليت نمی ماند تا ما با شک در حرمت و يا حليت بخواهيم حليت سابقه را با استصحاب تنجيزی برقرار كنيم.

سپس می فرمايند: والحاصل أن الشک ففی الحليه والحرمه والطهاره والنجاسه فی الزبيب المغلی مسبب عن الشکّ فی كيفيه جعل النجاسه والحرمه للعنب المغلی وأن الشارع هل رتّب النجاسه والحرمه علی العنب المغلی مطلقاً فی جميع مراتبه المتبادله؟ أو أن الشارع رتّب النجاسه والحرمه علی خصوص العنب ولا يعم الزبيب؟ فالإستصحاب التعليقی يقتضی كون النجاسه والحرمه تبين علی الاعم [من العنب والزبيب] ويثبت به نجاسه الزبيب المغلی فلا يبقی مجال للشک فی الطهاره والحلّيه.

۱- (۱) محمد حسين نايينی، فوائد الأصول، ج ۴، ص ۴۷۵.

پس استصحاب ثابت می کند که جعل حرمت تعلیقی برای اعم از عنب و زبیب است و جا برای استصحاب حلیت تنجیزی پس از غلیان نمی ماند.

رأی محقق اصفهانی

محقق اصفهانی شک در بقاء حکم را ناشی از دو امر می داند:

۱ - شک در نسخ

۲ - شک به خاطر تبدّل حالت، و محل کلام را همین قسم دوم معرض می کنند.

این محقّق بزرگوار پس از طرح مسأله می فرمایـد: فنقول: إن کان الوجوب الشـرطی التعلیقی - أو الحرمه کـذلک - مرتباً علی الموضوع المتقیه بمـا یسـمّی شـرطاً، کمـا إذا قلنـا بـأن مرجع قوله: «یحرم العصـیر العنبی إذا غلا» إلی حرمه العصـیر المغلی، وأن تعلیقها باعتبار ترتبها علی موضوع مقدر الوجود، وإن فعلیتها بفعلیه موضوعها، فحینئذٍ لا مجال لاستصحاب الحرمه المعلّقه، حیث لاـ شـکّ فی عـدم ارتفـاع الحرمه الکلیه عن موضوعهـا إذ لیس الکلاـم فی نسـخها بـل الکلاـم فی ارتفـاع الحرمه الفعلیه بفعلیه موضوعها.(۱)

در این عبـارت نظرات ایشـان شبیه محقّق نایینی است و بر این عقیـده انـد که چون حکم مشـروط و معلق در زمان سابق فعلیت نیافته مجالی برای استصـحاب آن حکم وجود نـدارد. در تکمیل باین خود می فرماینـد: ومن الواضح انه - قبل تبدل العنبیه إلی الزبیبیه - لم یکن الموضوع وهو العصـیر المغلی فعلیاً لتکون له حرمه فعلیه فیستصـحب، وبعـد التبـدل وحصول الغلیان یشک فی حرمته فعلاً، فان المغروض أن هذه الماله حاله

۱- (۱) محمد حسین اصفهانی، نهایه الدرایه، ج ۵ و ۶، ص ۱۷۲.

الشک.(۱)

و از این عبارت مرحوم محقّق اصفهانی برمی آید که در مقام و ما نحن فیه فقط استصحاب حکم تنجیزی حلیت جاری است.

رأی آیه الله سید محمّد روحانی

رأی ایشان بر این است که استصحاب تعلیقی هیچ جایگاه و مجالی ندارد و پس از اینکه سه مسلک متفاوت در کیفیت جعل کلمه را بیان می کنند(۲) و موضوع را بر هریک از مبانی بررسی می کنند می فرمایند: والذی یتضح لدینا من جمیع ما ذکرناه: أنه لا مجال لجریان الإستصحاب فی الحکم التعلیقی.(۳)

ولی بر فرض پذیرش جریان و وجود مقتضی برای استصحاب تعلیقی آیا مانعی در کار هست و استصحاب تنجیزی توان معارضه با استصحاب تعلیقی را دارد یا نه؟ ایشان بر این عقیده اند که: استصحاب تعلیقی جاری است و استصحاب تنجیزی توان معارضه ندارد. ایشان بیان می دارند:

وبعباره أخری أن لدینا شکین: أحدهما الشک فی الحرمه المعلقه وثاینهما الشک فی الحلیه الفعلیه بعد الغلیان. استصحاب الحرمه المعلقه یتکلف بیان حکم کلا۔ الشکین، وامّا استصحاب الحلیه الفعلیه، فهو لا۔ ینظر إلی الشکّ فی الحرمه المعلقه ولا یتکفل بیان حکمها.

وعلیه فالأخذ به یستلزم طرح استصحاب الحرمه المعلقه بلا وجه بخلاف الأخذ

۱- (۱) همان.

۲- (۲) ر. ک: سید محمد روحانی، منتقی الأصول، ج ۶، ص ۱۹۶.

۳- (۳) همان، ص ۲۰۴.

باستصحاب الحرمه المعلقه، بخلاف الأخذ باستصحاب الحرمه، فان عدم العمل باستصحاب الحليه يكون بسبب تصدّى استصحاب الحرمه لبيان حكم الشكّ، فلا يكون رفع اليد عن مقتضى استصحاب الحليه بلا وجه.(۱)

آیه الله روحانی این طور بیان می دارند که دو شک وجود د ارد یکی ش ک در حرمت به خاطر شک در جریان استصحاب تعلیقی و یا عدم آن؟ و دیگری شک در حلیت به خاطر شکّ در جریان استصحاب تنجیزی و یا عدم آن؟ و با اجرای استصحاب تعلیقی هر دو شک برطرف می شود و این استصحاب متکفل بیان حکم هر دو شک است و ناظر به هر دو نوع هست.

به بیان اینجانب: استصحاب تعلیقی هم خود را اثبات می کنند و هم استصحاب تنجیزی را نفی می کند ولی استصحاب تنجیزی فقط خود را اثبات می کند و توان نفی استصحاب تنجیزی را ندارد.

و در پایان می فرمایند: والمتحصل: إنّ اشكال المعارضه مندفع. نعم العمده فى الإشكال استصحاب الحكم التعليقى هو دعوى حضور المقتضى كما مرّ بيانه وتقريبه.(۲)

مناقشه ی آیه الله خوئی در مثال

مثال مشهور و معروف در رابطه با استصحاب تعلیقی همان عصیر زبیبی است و آیه الله خوئی رحمه الله در این رابطه می فرمایند:

وظهر بما ذكرنا من تحقيق موارد الاستصحاب التعليقى أنّ تمثيلهم له بماء الزبيب غير صحيح، فانّ الاستصحاب إنّما هو فيما إذا تبدلت حاله من حالت الموضوع فشك

۱- (۱) همان، ص ۲۰۹.

۲- (۲) همان، ص ۲۰۹.

فی بقاء حکمه، والمقام لیس کذلک، إذ لیس المأخوذ فی دلیل الحرمه هو عنوان العنب لیجری استصحاب الحرمه بعد کونه زبیباً، بل المأخوذ فیه هو عصیر العنب وهو الماء المخلوق فی کامن ذاته بقدره الله تالی، فإنّ العصیر ما یعصر من الشیء من الماء، وبعد الجفاف وصیرورته زبیباً لا یبقی ماؤه الذی کان موضوعاً للحرمه بعد الغلیان. وأمّا عصیر الزبیب فلیس هو إلاّ ماء آخر خارج عن حقیقته وصار حلواً بمجاورته، فموضوع الحرمه غیر باقٍلیکون الشکّ شکّاً فی بقاء حکمه فیجری فیه الإستصحاب.(۱)

ایشان بر این عقیده اند که حرمت بر روی آبِ طبیعی عنب رفهت و آب زبیب، آبی است که در خارج اضافه شده و آب طبیعی نیست.

استصحاب تعلیقی در دیدگاه امام خمینی

آیا استصحاب تعلیقی به صورت مطلق جریان پیدا می کند یا اینکه چنین نیست؟ و یا اینکه تفصیل بنی تعلیق در حکم و موضوع و یا تفصیل بین تعلیق شرعی و غیر آن پذیرفته است؟ وجوهی مطرح است که حق با بیان آنها روشن می شود.

الاوّل: محطّ بحث و نقص و ابرام در استصحاب تعلیقی این است که تعلیقی بودن حکم و یا موضوع آیا موجب خلل در ارکان استصحاب و شرایط جریان استصحاب می شود یا نه؟

و بنا بر حق ثانی [یعنی اینکه موجب خلل نشود] آیا استصحاب تعلیقی مفید و منتهی به عمل می شود یا نه به خاطر ابتلای دائمی به معارضه؟ فلابدّ من تمحض البحث فی ذلک.

امام خمینی قائل به جریان استصحاب تعلیقی است و می فرمایند: إنّ التعلیق إذا

۱- (۱) سید ابوالقاسم خویی، مصباح الأصول، ج ۴۸، ص ۱۶۳.

ورد فی دلیل شرعی کما لو ورد «أنّ العصیر العنبی إذ اغلی یحرم» ثمّ صار العنب زبیباً، فشکّ فی أنّ عصیر، أیضاً یحرم إذا غلی أو لاـ فله إشکال فی جریان استصحابه من حیث التعلیق لما عرفت من أنّ المعتبر ف الاستصحاب لیس إلاّـ الیقین والشکّ الفعلیین، وکون المشکوک فیه ذا أثر شرعی أو منتهیاً إلیه، وکلا الشرطین حاصلان، أمّا فعلیتهما فواضحه، وأمّا الأثر الشرعی فلأن التعبد بهذه القضیه التعلیقیه أثره فعلیه الحکم لدی حصول المعلّق علیه، من غیر شبهه المثبتیه؛ لأنّ التعلیق إذا کان شرعیاً معناه التعبد بفعلیه الحکم لدی تحقّق المعلّق علیه، وإذا کان الترتب بین الحکم والمعلّق علیه شرعیاً لا تردد شبهه المثبتیه، فتحقّق الغلیان وجداناً بمنزله تحقّق موضوع الحکم الشرعی وجداناً.(۱)

در این عبارت مرحوم امام خمینی دو شرط برای جریان استصحاب ذکر می کنند:

۱ - یقین و شکّ فعلي؛ ۲ - اینکه مشکوک فیه دارای اثر شرعی و یا منتهی به اثر شرعی باشد. و در استصحاب تعلیقی هر دو شرط وجود دارد و همچنین شبهه ی اصل مثبت را در این مورد نمی پذیرند.

فتحصّل ممّا ذکرنا: أنَّ جریان الإستصحاب التعلیقی ممّا لا إشکال فیه.(۲)

و در رابطه ی با تعارض استصحاب تعلیقی و تنجیزی می فرمایند: والتحقیق فی المقام أن یقال: إنّ استصحاب الحرمه التعلیقیه حاکمٌ علی استصحاب الإباحه کسائر الحکومات.(۳)

که در این عبارت به حکم بودن استصحاب تعلیقی و مقدم بودن آن بر استصحاب تنجیزی اشاره

۱- (۱) امام خمینی، الاستصحاب، ص ۱۳۴ و ۱۳۵.

۲- (۲) همان، ص ۱۳۷.

۳- (۳) همان، ص ۱۴۳.

می کنند.

نظر آیه الله سید مصطفی خمینی درباره ی استصحاب تعلیقی

ایشان بر این عقیده اند که حتی بنابر فرض جریان استصحاب این استصحاب دائما معارض است با استصحاب تنجیزی.

عبارت ایشان به این قرار است:

اعلم ان علی تقدیر جریان الاستصحاب التعلیقی ذاتا و علی تقدیر عدم کونه من الاصل المثبت هو معارض باستصحاب تنجیزی دائما او تعلیقی علی ما یتوهم.(۱)

وصلی الله علی سیدنا محمّد وآله طاهرین

والحمد لله ربّ العالمین

۱- (۱) سید مصطفی خمینی، تحریرات فی الاصول، ج ۸، ص ۵۵۴.

منابع و مآخذ

۱ - قرآن کریم.

۲ - امام خمینی، الاستصحاب، چاپ سوم، تهران، موسسه ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۵ ش.

۳ - سید مصطفی خمینی، تحریرات فی الاصول، چاپ دوم، تهران، موسسه ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۵ ش.

۴ - ابوالحسن محمدی، مبانی استنباط حقوق اسلامی، چاپ بیست هفتم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۵ ش.

۵ - آخوند محمد کاظم خراسانی، کفایه الأصول، چاپ ششم، قم، آل البیت علیهم السلام، ۱۴۳۰ ق.

۶ - عیسی ولائی، فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول، چاپ چهارم، تهران، نشر نی، ۱۳۸۴ ش.

۷ - محمّدرضا مظفر، اصول الفقه، چاپ هشتم، قم، بوستان کتاب، ۱۳۹۰ ش.

۸ - حسن بن زین الدین، معالم الدین و ملاذ المجتهدین، قم، جامعه ی مدرسین.

۹ - شیخ طوسی، تهذیب الاحکام، تهران، دارالکتب الاسلامیه.

۱۰ - شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، چاپ دوم، بیروت، آل البیت علیهم السلام، ۱۴۲۴ ق.

۱۱ - شیخ طوسی، الاستبصار، تهران، دارالکتب الاسلامیه.

۱۲ - شیخ صدوق، الخصال، چاپ پنجم، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۶ ش.

ص:۲۴۸

۱۳ – مرتضی انصاری، فرائد الاصول، چاپ اول، بیروت، اعلمی، ۱۴۱۱ ق.

۱۴ – محمد حسین نایینی، فوائد الأصول، چاپ دهم، قم، جامعه ی مدرسین، ۱۴۳۲ ق.

۱۵ – محمد حسین اصفهانی، نهایه الدرایه، چاپ اول، قم، آل البیت علیهم السلام، ۱۴۰۸ ق.

۱۶ – سید محمد روحانی، منتقی الأصول، چاپ اول، بیان، ۱۴۱۴ ق.

۱۷ – سید ابوالقاسم خویی، مصباح الأصول، چاپ سوم، موسسه الامام الخویی، ۱۴۲۸ ق.

ص:۲۴۹

درباره مرکز

بسمه تعالی

هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

آيا كسانى كه مى‌دانند و كسانى كه نمى‌دانند يكسانند ؟

سوره زمر/ ۹

مقدمه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان، از سال ۱۳۸۵ هـ.ش تحت اشراف حضرت آیت الله حاج سید حسن فقیه امامی (قدس سره الشریف)، با فعالیت خالصانه و شبانه روزی گروهی از نخبگان و فرهیختگان حوزه و دانشگاه، فعالیت خود را در زمینه های مذهبی، فرهنگی و علمی آغاز نموده است.

مرامنامه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان در راستای تسهیل و تسریع دسترسی محققین به آثار و ابزار تحقیقاتی در حوزه علوم اسلامی، و با توجه به تعدد و پراکندگی مراکز فعال در این عرصه و منابع متعدد و صعب الوصول، و با نگاهی صرفا علمی و به دور از تعصبات و جریانات اجتماعی، سیاسی، قومی و فردی، بر مبنای اجرای طرحی در قالب « مدیریت آثار تولید شده و انتشار یافته از سوی تمامی مراکز شیعه» تلاش می نماید تا مجموعه ای غنی و سرشار از کتب و مقالات پژوهشی برای متخصصین، و مطالب و مباحثی راهگشا برای فرهیختگان و عموم طبقات مردمی به زبان های مختلف و با فرمت های گوناگون تولید و در فضای مجازی به صورت رایگان در اختیار علاقمندان قرار دهد.

اهداف:

۱.بسط فرهنگ و معارف ناب ثقلین (کتاب الله و اهل البیت علیهم السلام)

۲.تقویت انگیزه عامه مردم بخصوص جوانان نسبت به بررسی دقیق تر مسائل دینی

۳.جایگزین کردن محتوای سودمند به جای مطالب بی محتوا در تلفن های همراه ، تبلت ها، رایانه ها و ...

۴.سرویس دهی به محققین طلاب و دانشجو

۵.گسترش فرهنگ عمومی مطالعه

۶.زمینه سازی جهت تشویق انتشارات و مؤلفین برای دیجیتالی نمودن آثار خود.

سیاست ها:

۱.عمل بر مبنای مجوز های قانونی

۲.ارتباط با مراکز هم سو

۳.پرهیز از موازی کاری

۴.صرفا ارائه محتوای علمی

۵.ذکر منابع نشر

بدیهی است مسئولیت تمامی آثار به عهده ی نویسنده ی آن می باشد .

فعالیت های موسسه :

۱.چاپ و نشر کتاب، جزوه و ماهنامه

۲.برگزاری مسابقات کتابخوانی

۳.تولید نمایشگاه های مجازی: سه بعدی، پانوراما در اماکن مذهبی، گردشگری و...

۴.تولید انیمیشن، بازی های رایانه ای و ...

۵.ایجاد سایت اینترنتی قائمیه به آدرس: www.ghaemiyeh.com

۶.تولید محصولات نمایشی، سخنرانی و...

۷.راه اندازی و پشتیبانی علمی سامانه پاسخ گویی به سوالات شرعی، اخلاقی و اعتقادی

۸.طراحی سیستم های حسابداری، رسانه ساز، موبایل ساز، سامانه خودکار و دستی بلوتوث، وب کیوسک، SMS و...

۹.برگزاری دوره های آموزشی ویژه عموم (مجازی)

۱۰.برگزاری دوره های تربیت مربی (مجازی)

۱۱. تولید هزاران نرم افزار تحقیقاتی قابل اجرا در انواع رایانه، تبلت، تلفن همراه و... در ۸ فرمت جهانی:

۱.JAVA

۲.ANDROID

۳.EPUB

۴.CHM

۵.PDF

۶.HTML

۷.CHM

۸.GHB

و ۴ عدد مارکت با نام بازار کتاب قائمیه نسخه :

۱.ANDROID

۲.IOS

۳.WINDOWS PHONE

۴.WINDOWS

به سه زبان فارسی ، عربی و انگلیسی و قرار دادن بر روی وب سایت موسسه به صورت رایگان .

درپایان :

از مراکز و نهادهایی همچون دفاتر مراجع معظم تقلید و همچنین سازمان ها، نهادها، انتشارات، موسسات، مؤلفین و همه

بزرگوارانی که مـا را در دستیـابی به این هـدف یـاری نموده و یا دیتا های خود را در اختیار ما قرار دادنـد تقـدیر و تشـکر می نماییم.

آدرس دفتر مرکزی:

اصـفهان -خیابان عبـدالرزاق - بازارچه حاج محمد جعفر آباده ای - کوچه شـهید محمد حسن توکلی -پلاک ۱۲۹/۳۴- طبقه اول

وب سایت: www.ghbook.ir

ایمیل: Info@ghbook.ir

تلفن دفتر مرکزی: ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

دفتر تهران: ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱

بازرگانی و فروش: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور کاربران: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹


مرکز تحقیقات رایانه ای
قائمیه
اصفهان
www
برای داشتن کتابخانه های تخصصی
دیگر به سایت این مرکز به نشانی
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
مراجعه و برای سفارش با ما تماس بگیرید.
۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹